



Libro
Homenaje
Póstumo al
Msc. Doctor

Jorge Zavala Egas

- **Derecho de Defensa y Garantías Constitucionales**
- **Derecho a la Libertad de Información**

Autor

Dr. ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL Msc.

Coordinador

Ab. Jonathan Murillo R.



MURILLO
EDITORES

Alfonso Zambrano Pasquel

Libro
**Homenaje Póstumo al
Msc. Doctor
Jorge Zavala Egas**

- **Derecho de Defensa y Garantías en el Proceso Penal**
- **Derecho a la Libertad de Información, Opinión y Expresión vs El Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Reputación**
- **Periodismo Crítico**



MURILLO
EDITORES

2025

© Alfonso Zambrano Pasquel
LIBRO HOMENAJE PÓSTUMO AL
DR. JORGE ZAVALA EGAS

© MURILLO EDITORES
Av. Quito 904-C entre 9 de Octubre y Hurtado, PB
Contacto: ☎0997163451 ☎0980031985
E-mail: edilexsa@hotmail.com

ISBN: 978-9942-51-107-2
IEPI No.: En trámite

Portada & Diagramación: Pixato

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

El contenido y criterios de la presente obra son de responsabilidad absoluta del autor.

Impreso en Ecuador

2025

Printed in Ecuador

Este libro está dedicado como
HOMENAJE PÓSTUMO al querido profesor y amigo

Dr. D. JORGE ZAVALA EGAS, MSc

Jurista de cultura ecuménica, que se
adelanto en el viaje.

Prof h. Dr. Alfonso Zambrano Pasquel, MSc

En Guayaquil, cuna de Olmedo y Rocafuerte

JORGE ZAVALA EGAS

Datos biográficos

El abogado Jorge Zavala Egas, una de las personalidades del Derecho con más influencia en Ecuador, falleció este 5 de octubre a los 76 años.

Su dedicación al estudio del Derecho y los casos que siguió lo convirtieron en una personalidad requerida tanto por la Academia como por los medios de comunicación.

Abogado, Doctor en Jurisprudencia y graduado en la Universidad de Guayaquil, Zavala Egas se desempeñó en altos cargos del sector público y privado. Fue Procurador Síndico de la Municipalidad de Guayaquil, Subsecretario de Finanzas y crédito público del Ministerio de Finanzas, Diputado por Guayas y presidente de la Comisión de lo Civil y Penal del H. Congreso Nacional.

Además, fue juez del Tribunal de Garantías Constitucionales (actual Corte Constitucional) y formó parte del equipo que redactó la Constitución de la República en 1995.

Cofundó el Estudio Zavala Egas y para los allegados era conocido como 'Yoyo'.

Como educador, fue director de Postgrado de Derecho de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo (UEES), y fue profesor en postgrado de las Universidades Estatal, Católica, Espíritu Santo y San Gregorio de Portoviejo. También fue profesor invitado en la Universidad de León (España).

Co-autor de la Ley Orgánica de la Función Judicial, Co-autor de la Ley de Casación, Co-autor de la Ley Unidad Jurisdiccional, Co-autor del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Asimismo, el Dr. Zavala ha sobresalido por sus excelentes representaciones como miembro de la Comisión Presidencial para la Redacción de La Constitución de la República en 1995, delegado del presidente Correa como Presidente de la Comisión Académica del CONESUP. Director encargado de la Escuela Judicial del Consejo de la Judicatura.

Este ilustre Jurista tiene varias obras en Derecho, tales como: Derecho Constitucional (2 tomos), Derecho Aduanero (2 tomos), Introducción al Derecho Administrativo, Derecho Administrativo (2 tomos), "Delito Tributario", "Delito de Defraudación al Valor en Aduanas", "Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica", "Teoría y Práctica Procesal Constitucional", "Lecciones de Derecho Administrativo", "Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales" entre otros, más decenas de colaboraciones en revistas especializadas nacionales e internacionales. Sus áreas de experiencia incluyen litigios en general, derecho constitucional, derecho administrativo, derecho tributario, derecho penal, derecho aduanero, derecho de la competencia, derecho ambiental.

Fue hijo de otro prestigioso abogado, el penalista Jorge Zavala Baquerizo, vicepresidente de la República durante el quinto velasquismo, del 31 de agosto de 1968 al 22 de junio de 1970.

Y fue hermano de Xavier Zavala Egas, quien también es un prestigioso abogado, decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Guayaquil.

La muerte de Jorge Zavala Egas se produjo casi al mismo tiempo que la de su esposa, María Rosa Luque, quien falleció la noche del 5 de octubre de 2024.

El matrimonio tuvo cinco hijos: Andrea, Lorena, Viviana, Roxana y Jorge.

ÍNDICE GENERAL

PARTE I

Capítulo 1.

REFLEXIONES SOBRE UNA DEFENSA EN JUICIO

Introducción	11
Algunos temas a tomar en consideración	13
Sobre la valoración racional de la prueba	17
La ineficiencia de los recursos	20
Criminología mediática vs Criminología cautelar	23
Valoración criminológica de un caso por la noticia criminis	25
En defensa propia	28

Capítulo 2.

LA CADUCIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LOS SUSTITUTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL

Introducción	31
El plazo para la caducidad de la prisión preventiva	34
Criterio de la CIDH	38
Algunos criterios en Argentina	39
Casos en que no procede sustituir la prisión preventiva por otra medida cautelar	42
La prisión preventiva como medida cautelar procesal o penal .	48
La prisión preventiva en el derecho procesal penal alemán	51
El principio de oportunidad en el proceso penal	52
Algunas propuestas previas	57
Principio de mínima intervención penal y derecho penal mínimo	59
Principio de proporcionalidad	60

Conclusiones	63
--------------------	----

Capítulo 3.

CASO KIMEL VS ARGENTINA

Introducción	69
La posibilidad de la terminación anticipada del proceso	74
Puntos resolutivos	89
Epílogo	91

Capítulo 4.

NULIDAD Y RECURSO DE APELACIÓN

Introducción	93
Fundamentación de la excepción procesal penal perentoria de nulidad del proceso	93
Sobre el garantismo penal	96
Derecho del justificable	98
Derecho al debido proceso	101
Contenido del debido proceso penal	102
Fundamentación del recurso de apelación	108
Exigencia de la motivación	115
Desestimación de supuesta prueba de cargo en contra del acusado	126
Indicios y presunciones	130
Principio de la prueba	134
Sobre la prueba documental	135
El valor de las declaraciones de las coacusadas	137

Capítulo 5.

ESTÁNDARES PARA LA PRUEBA ILÍCITA

La prueba ilícita en Ecuador	145
La exclusión de la prueba ilícita y sus límites	147
Límites a las exclusiones probatorias.....	155
Debate en España	156

Capítulo 6.

EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y EL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA

Introducción	159
El Estado de Derecho	159
Defensa y cambio de calificación jurídica	168
Regulación normativa en el derecho comparado	171

Capítulo 7. EL DEFENSOR PENAL

Introducción	175
Responsabilidad del abogado defensor que recibe honorarios maculados	177
Lavado de activos y derecho penal del enemigo	179
Lavado de activos e imputación objetiva	182
El caso de los abogados en Alemania	202
El § 261 del StGB y el defensor penal	206
La situación del Derecho alemán	216
Derechos internacional y extranjero	224
La inconstitucionalidad del procesamiento por lavado de activos en contra del abogado defensor	225
El abogado defensor en USA y blanqueo de capitales	237
Resumen	241
Conclusiones	243

PARTE II

DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN, OPINIÓNY EXPRESIÓN VS EL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA REPUTACIÓN

Introducción	245
--------------------	-----

Capítulo 1.

PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

Antecedentes	249
Descripción del objeto de la investigación	254
Justificación de la investigación	258

Capítulo 2.

PREGUNTAS DE LA INVESTIGACIÓN

Preguntas	261
-----------------	-----

Capítulo 3.

OBJETIVOS GENERALES Y ESPECÍFICOS DE LA INVESTIGACIÓN

Objetivo general	263
Objetivos específicos	263

Capítulo 4.

MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN

Introducción teórica	265
----------------------------	-----

Control de convencionalidad	269
Control de constitucionalidad	275
Bloque de constitucionalidad	281
La ponderación como un principio	286
El caso Kimel vs Argentina y la aplicación de la ponderación .	295

Capítulo 5

METODOLOGÍA

Enfoque	311
Técnicas de investigación	312
Construcción del instrumento de recolección de datos	317
Procedimiento de recolección de datos	321

Capítulo 6.

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LA INFORMACIÓN

Estudio de casos	324
Caso Ivcher Bronstein vs Perú 2001	324
Caso Olmedo Bustos vs Chile 2001	326
Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, 2004	328
Caso Fontevecchia y D'Amico vs Argentina, 2011	330
El caso Otegui Mondagrón vs España, 2011	332
Corte Constitucional de Ecuador. Caso No 1116-10 ep	335
Análisis mediante el test de ponderación	338

Capítulo 7.

ENTREVISTAS EN PROFUNDIDAD

Entrevista al Dr. Antonio Gagliardo Loor Msc. Magistrado de la Corte Constitucional de Ecuador	352
Entrevista a la Dra. Ruth Seni Pinargote. Magistrada de la Corte Constitucional de Ecuador	354
Entrevista al Dr. Víctor Vacca González. Juez de la Corte Provincial del Guayas	356
Entrevista al Dr. Néstor Mendoza Medrandá. Juez de la Corte Provincial del Guayas	358

Capítulo 8.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones	361
Recomendaciones	368

PARTE III

El nuevo censo penitenciario; algunas reflexiones	371
---	-----

Libros y reforma carcelaria	375
Administración de Justicia y Poder Político	379
¿Abdala Bucaram 1992?	383
Administración de Justicia y Reforma Estructural	387
Un centauro político llamado Abdalá	391
Amnistía Internacional: Informe 1990	395
Plan bienal de justicia. ¿Dictadura o democracia?	399
Interpretaciones interrogantes y aplicaciones penales	403
La coca nostra	407
Rambomanía, policía y mucho más	411
El crimen del silencio: los hermanos Restrepo	415
Los derechos humanos en el Perú	419
En 1992 pensemos en los niños	423
La imputabilidad: discurso psiquiátrico y discurso jurídico	427
El cartel de Guayaquil	431
La hora cero	435
 BIBLIOGRAFIA	 439

PARTE I

Capítulo 1

REFLEXIONES SOBRE UNA DEFENSA EN JUICIO

Sumario

Introducción. Algunos temas a tomar en consideración. Sobre la valoración racional de la prueba. La ineficiencia de los recursos. Criminología mediática vs. Criminología cautelar. Valoración criminológica de un caso por la *noticia criminis*. En defensa propia.

Introducción

Veamos un caso:

- 1.- La Fiscalía acusa a un ciudadano como autor mediato por dominio de organización (*hombre de atrás*) mediante suposiciones, sin pruebas y con manifiesta falta de objetividad e imparcialidad.
- 2.- El objeto de ese proceso era un delito de cohecho entre empresarios (*extraneus*) y funcionarios públicos (*intraneus*) que habrían aceptado un soborno para otorgar contratos.
- 3.- La *Teoría del Caso* de la Fiscalía General del Estado es que el acusado era *autor mediato por dominio de organización*. Esta teoría del Prof. Claus Roxin requiere: 1) Poder de mando y claro que el acusado tenía poder de mando por su alto cargo al que accedió democráticamente, *pero no para cometer delitos*. 2) Que haya autores fungibles o intercambiables y esto

pasaba en el nacionalsocialismo alemán en que disparaba el capitán, el teniente o el sargento. Esto pasó con los centinelas del muro de Berlín que son juzgados a partir de 1994. El justiciable por su función nombraba ministros, secretarios, y los podía cambiar. Esto no es delito. 3) Una estructura de poder organizado, que como dice Roxin se organiza al margen del Estado de Derecho y como una estructura criminal. Pasó con el nacionalsocialismo alemán que dictó incluso leyes de exterminio. Así trata Claus Roxin el caso Eichmann ahorcado en Jerusalén en 1962; se aplicó en el caso de los centinelas del muro de Berlín en 1994, y en la primera sentencia contra Fujimori que había dictado Decretos de emergencia para combatir al terrorismo. En este caso el procesado no dictó ningún decreto para favorecer a los contratistas. 4) Alta predisposición de los intervinientes para cometer delitos.

- 4.- Soy estudioso de la obra del profesor Claus Roxin y lo cito desde 1984 hasta el 2021, en mis libros que abordan temas de Teoría del Delito y Derecho Penal. Para entender bien la pretendida *Teoría del Caso* de la fiscalía, hay que conocer el libro *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*¹. El imputado era líder de una estructura de poder político, no de una *organización criminal*. Esa estructura de poder político llevó al poder incluso a su sucesor.
- 5.- El Art. 28 del Código Orgánico de la Función Judicial de Ecuador dice que para administrar justicia hay que: acudir a las fuentes del derecho, a la doctrina y a la jurisprudencia. El profesor Claus Roxin dice que : *el mejor fiscal no es el que acusa siempre sino el que busca la verdad*.
- 6.- Si el acusado no se apartó de su rol como Presidente debe aplicarse la *teoría de los roles* de Gunther Jakobs, pues su conducta es neutra y funciona la *prohibición de regreso* para no imputarle objetivamente un delito.

7.- La Fiscalía hizo algunas afirmaciones sin sustento probatorio

¹ Claus ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Marcial Pons 2016, Traducción de 9na edición, p. 113. p. 238 y p. 244.

alguno, aseverando incluso que el acusado había recibido 6 mil dólares que provenían de los sobornos que se investigaban. En verdad se trataba de un préstamo que provenía de un Fondo de Solidaridad que existió hasta el año 2015.

La fiscalía afirmó que se habían entregado contratos con sobreprecios del doble. Esto nunca se probó. No existía una pericia ni un informe de Contraloría. Un ex Fiscal General Edmundo Duran Díaz, decía que *lo que no está probado legalmente en el proceso no existe*.

8.- Testigo estrella de la Fiscalía fue C S. La Fiscalía y la Procuraduría General del Estado sostuvieron equivocadamente que no se podía imputar en este proceso al cancerbero de la corrupción de una conocida trasnacional, porque había sido condenado en Brasil por los sobornos de los años 2013 y 2014 entregados en Ecuador y que había que respetar el *Non bis in ídem*. Esto era falso pues el *Acuerdo de Delación Premiada* no había sido leído, ya que en la página 3 se dice porque delitos fue condenado en Brasil y no constan los sobornos 2013-2014 en Ecuador. La impunidad sigue y Ecuador no consigue ni un dólar de reparación, antes por el contrario, esta demandado por la transnacional.

9.- Las declaraciones de P M y L T no pueden ser admitidas por si solas como pruebas porque son *coacusadas*, y se negaron al interrogatorio de las partes (derecho al contradictorio). Francisco Muñoz Conde dice en una de sus obras que carecen de valor en España y así lo reconoce el TCE². También la Corte IDH en *Zegarra Marín vs Perú*³ observa falta de pruebas para condenar y la no fiabilidad de declaraciones de coacusados.

Algunos temas a tomar en consideración

De la obra del profesor Muñoz Conde citamos: En STC el 29/7/98 se refiere a la valoración de la declaración de un coimputado y en el caso analizado “los coacusados una vez que vieron que contra

2 MUÑOZ CONDE Francisco, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Hammurabi. 3ra ed. 2011.

3 Corte IDH, *Zegarra Marín vs Perú*, Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie c 331.

ellos si había pruebas abrumadoras de su participación, decidieron implicar a los más altos cargos”.⁴

Recuerda Muñoz Conde, que cuatro magistrados del Tribunal sostuvieron que dichas declaraciones “no son suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, ya que no fueron realizadas espontáneamente, que revelan el explicable interés de los otros acusados en inculpar a unas personas cuya relevancia política podría facilitar la concesión de un indulto en caso de condena”.

Las dificultades que depara la valoración de las declaraciones de los coacusados no son más que el reflejo de las mismas dificultades que tiene la doctrina procesal para conceptuarlas jurídicamente. En realidad la mayoría de los autores consideran que las declaraciones de los coimputados o coacusados no son prueba o que en todo caso no pueden ser consideradas al mismo nivel que la prueba testifical”.⁵

“Es un hecho ya de antiguo conocido que el acusado en un proceso penal tiende a evadir su propia responsabilidad o por lo menos a reducirla hasta límites más soportables echándole la culpa a otros acusados, o implicando a otros en las culpas propias”.⁶

Recuerda que el Supremo Tribunal Constitucional (STC, 49/1998) ha dicho que la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando siendo única (...) no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas en contra del recurrente.⁷

Dice Francisco Muñoz Conde “personalmente, creo que darle valor probatorio a la declaración del coimputado en sí misma supone abrir la puerta al derecho fundamental a la presunción de inocencia y a prácticas que pueden convertir al proceso penal en una auténtica fuente de chantajes, acuerdos interesados entre algunos acusados y la policía y el ministerio público con consiguientes retiradas de la acusación contra unos para conseguir la inculpativa

4 MUÑOZ CONDE Francisco, *ob. cit.* p. 75.

5 MUÑOZ CONDE Francisco, *ob. cit.* p. 76-77.

6 MUÑOZ CONDE Francisco, *ob. cit.* p. 81.

7 MUÑOZ CONDE Francisco, *ob. cit.* p. 84.

y condena de otros. Nada, bueno para el Estado de Derecho. Por todo ello reiteramos que la declaración del coimputado no es en sí misma considerada una verdadera y auténtica prueba de cargo”.⁸

El Prof. Claus Roxin en *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, se refiere a la *autoría por dominio de organización* y *autoría por delitos de infracción de deber*⁹. Bern Shunemann se refiere a *Delitos especiales de garante*, en los cuales el *dominio de protección sobre la vulnerabilidad del bien jurídico*, o el *dominio de supervisión o vigilancia de una fuente de peligro*, fundamentan el injusto. Esto lo desarrollamos en una de nuestras publicaciones.¹⁰

Hay que tomar en cuenta la *teoría de la imputación objetiva* fruto del funcionalismo normativo (Miguel Polaino y José Caro John), así como el *principio de confianza* y *teoría de los roles* (Jakobs).

Luis Greco dice que una persona no debe responder por su función o por el cargo que ocupa, y que debe ser apreciada su conducta de acuerdo con la *teoría de la imputación objetiva del resultado*. Esta ha sido abordada también por nosotros en una publicación reciente.¹¹

Hay que recordar el *principio de congruencia* y el *principio iura novit curia*, para examinar la actitud del Tribunal al cambiar la acusación de la Fiscalía a una forma de autoría que no fue acusada, pues condena al acusado por *autoría mediata por instigación* para cometer un *delito de infracción de deber*, misma que no fue discutida o debatida y sobre la que no se presentaron pruebas. Esta actitud de los jueces viola el derecho a la defensa prevista en la Constitución y el Pacto de San José que forma parte del denominado *bloque de constitucionalidad*.

Ej. Se acusa por hipótesis A y se condena por hipótesis B.

8 MUÑOZ CONDE Francisco, ob. cit. 88.

9 ROXIN Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, ob. cit. p. 720 a 742.

10 En nuestra página web, en <http://www.alfonsozambrano.com> hay un link o carpeta que se refiere a *Delitos de infracción de deber* con importantes trabajos de Claus Roxin, Bern Shunemann, Urs Kindhauser, Ramiro Salinas, Cuello Contreras, entre otros, incluyendo uno mío.

11 ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *El caso Sobornos. Ocaso del garantismo penal*, Murillo Editores, Guayaquil-Ecuador, 2021.

El objeto jurídico de la audiencia de juicio era la acusación de la Fiscalía, y el Tribunal de sentencia al apartarse de la misma violó el *principio de congruencia*, conforme lo expresa la Corte IDH en *Fermín Ramírez vs Guatemala* (2005).

En abierto desprecio a una motivación creíble se llega a la barbaridad de hacer cita de autores sin transcribir la cita, ni mencionar título de la obra, número de edición, editorial que publica y página de dónde se extrae la cita. Hay normas Apa, Vancouver, Harvard, etc. para hacer citas, y que se pueda constatar la veracidad de la misma. Es vergonzoso que no se pueda verificar la autenticidad de la cita. No podemos averiguar si es cierta o mentirosa. Por eso la argumentación es falaz.

Una prueba de la fundamentación mentirosa: referencia al caso MENSALAO de Brasil. (2005- 2013). Sobre esto hay cuestionamientos de Claus Roxin por citar y resolver de acuerdo con *Teoría por dominio del hecho*, sin conocerla. Lo mismo dice Luis Greco criticando conducta de jueces que citan doctrina sin haberla estudiado ni conocerla. Los jueces se inventaron que Luis Greco ha sugerido en caso Mensalao, *delitos de infracción de deber*, sin que se deba responder por el cargo o sitio que ocupa.

El acusado no se apartó de su rol propio ni era garante de la probidad de la señora P M, pues cada quien responde por lo que hace y por lo que deja de hacer. *No impedir un acontecimiento cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo equivale a ocasionarlo*, es un concepto normativo que debe ser estudiado caso a caso.

El acusado no tiene que responder por todos los delitos que se cometan en su administración. Por ejemplo por el peculado de un ministro, por el asesinato de un policía, o por los delitos de la señora P M (tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, lavado de activos). Si el justiciable le hizo encargos por el *principio de confianza*, quien vulnera la confianza es la persona que se aparta de su rol.

Sobre la valoración racional de la prueba

El proceso penal es el único camino para llegar a la verdad de los hechos. De llegar a la *verdad material* (histórica) para que se convierta en *verdad procesal*. No se trata de que el juez este convencido en su intimidad o subjetividad sino que *los hechos sean probados*. Para esto se requiere que la prueba por ejemplo de testigos sea contrastada con las demás pruebas testimoniales, materiales (documentales) y periciales. Es decir las pruebas tienen que estar relacionadas entre sí y corroboradas de manera inequívoca. Solo así puede decir el juez que tiene la certeza de la existencia de la hipótesis. No existe juez infalible. Pero el juez que va a resolver debe tener la certeza de que si existieron los hechos¹². La *inmediación* es otro criterio para la *valoración racional de la prueba*, pero no basta que el juez este físicamente presente. Su tarea es organizar la práctica de la prueba y garantizar el derecho de los sujetos procesales para que se cumpla efectivamente con el *derecho al contradictorio*. Si un procesado se niega a responder a un interrogatorio de los otros sujetos procesales aunque con razón suficiente por la garantía constitucional de no incriminación y el derecho a guardar silencio, hace uso de sus garantías. Pero esto no quiere decir que lo que si aceptó declarar, sea prueba suficiente de la hipótesis esto es de la verdad de los hechos. El juez y el Tribunal cuando fuese del caso deben valorar la credibilidad, confiabilidad y la corroboración de ese medio de prueba.

El Código Orgánico Integral Penal de Ecuador proporciona esta herramienta para una valoración racional de la prueba testimonial pues dice en el art. 502: “La prueba y los elementos de convicción, obtenidos mediante declaración, se regirán por las siguientes reglas: 1. El testimonio se valorará en el contexto de toda la declaración rendida y en relación con las otras pruebas que sean presentadas...”. Este criterio se aplica también para las llamadas *pruebas anticipadas*.

La *inmediación* no garantiza *per se* una adecuada valoración de la prueba. Se sabe que el juez estuvo presente en la práctica de la prueba, nada más. La *inmediación* es un principio incluyente para la

12 COIP. Art. 453.- “La prueba tiene por finalidad llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad penal de la persona procesada”.

valoración de la prueba pero no excluyente de la valoración racional que hagan los tribunales de alzada en caso de recursos, porque si no se corre el riesgo de que se diga que no pueden existir recursos porque no tiene posibilidad de *inmediación* el juez ante el cual se recurre. Si hay la posibilidad de control probatorio por parte de terceros que no recibieron la prueba y esto pasa con los tribunales de alzada.

En la *valoración de la prueba* hay que aplicar criterios de valoración racional. En la valoración de la prueba de testigos hay criterios de dependen de la *percepción* (de lo que el juez ha oído y comprendido de lo que dice el testigo) y de las *inferencias* probatorias que realiza el juez a partir de lo que dice el testigo y de la credibilidad del testigo que le permite al juez llegar a una valoración racional de esa prueba en sus conclusiones. Es difícil llegar a revisar el contenido de una declaración para corroborar las conclusiones del juez, salvo que haya un registro en audio y video de tal acto procesal. Esto lo prevé también el COIP en el arts. 561. Las cuestiones de percepción también pueden controlarse con estos registros para afirmar por ejemplo, que *lo que dice el juez que dijo el testigo no es cierto y en verdad dijo otra cosa*.

Las cuestiones inferenciales que hace el juez pueden ser objetadas si por ejemplo dependen de criterios eminentemente subjetivos del juez alejados de la realidad de los hechos probados. Para esto hay que revisar la motivación del juez en la valoración racional de la prueba. Podría haber una afirmación equivocada del juez si afirma la presencia de una persona que no estuvo en el lugar de los hechos.

Hay que revisar el razonamiento seguido por el juez de primera instancia. *La motivación permite conocer el razonamiento seguido por el juez*. La motivación consiste en demostrar que la prueba presentada corrobora suficientemente los hechos, bajo los estándares de prueba aplicables a ese tipo de hechos, es decir el nivel de suficiencia previsto, (ejemplo: afirmación de que se entregó dinero en efectivo sin un recibo de descargo contraviene las máximas de la experiencia). Debe haber precisión analítica analizando la valoración individual

de la prueba, apreciando la fiabilidad de cada una de las pruebas presentadas en el proceso y la apreciación en conjunto para afirmar cuanto corroboran las pruebas. Se puede así apreciar si se han probado las diversas hipótesis propuestas para que no haya un déficit de valoración, por insuficiente motivación.

Los *recursos* son importantes para una valoración racional de la prueba que parte de un presupuesto fundamental que es la *motivación suficiente* por el juez de origen y aunque persiste el impedimento de unas nuevas valoraciones de la prueba por lo menos en *casación*, la motivación si es materia del examen en el recurso. No existe motivación cuando el juez o tribunal del juicio se limita a hacer un relato farragoso y extenso de la prueba practicada, sin hacer como corresponde una valoración racional de la misma.

Es necesario el control de una correcta valoración de la prueba, porque el juez no es infalible y hay un criterio externo a la decisión judicial que se traduce en los *recursos* que son resueltos por otro juez o tribunal. La *inmediación* no impide que el juez de alzada examine la resolución impugnada, partiendo de un criterio importante que es la *valoración racional de la prueba* por el juez de origen mediante una adecuada y suficiente motivación.

La exigencia de la motivación es una de las garantías constitucionales del derecho al debido proceso prevista en Ecuador en el art. 76 n 7 l) y la consecuencia es la nulidad del acto procesal incluyendo una sentencia, que no cumple con el estándar de motivación suficiente. Esto si es importante, y lo cumple en más de una ocasión la Corte Nacional actuando como Tribunal de Casación, (Arts. 656 y 657 del COIP). Lo hace también la Corte Constitucional en conocimiento de una *acción extraordinaria de protección*.

La valoración racional de la prueba debe permitirnos llegar a la verdad de los hechos ocurridos (verdad material) en el mundo, de lo que realmente ocurrieron y no de los que son forjados. Solo así se puede aplicar correctamente el derecho penal sustantivo (delito y pena). Lo contrario es alimentar un mundo de *falacias argumentativas* que desnaturalizan también el proceso penal. Si esto es así

fracasa el derecho como mecanismo motivador de la conducta.

Concepción racional

Para decir que algo está probado es qué hay un nivel de corroboración suficiente, que requiere de determinados estándares.

¿Cuándo es suficiente?

En este esquema, hay que ver si se cumplen los estándares para afirmar que la hipótesis (de culpabilidad) está probada. Decir que algo está probado es decir qué hay corroboración suficiente. Decir que un hecho está probado requiere aquí *motivación suficiente* que surge del acervo probatorio, lo cual permite impugnar la decisión para ante un juez superior. Hay que trabajar con el razonamiento probatorio.

Hay que empezar por trabajar con la prueba. ¿Cuál es el objetivo de la prueba en el proceso judicial? La *averiguación de la verdad*, aunque se afirme que no hay verdad absoluta (Jordi Ferrer Beltrán).

Conforme hemos verificado en un caso, se forjaron sentencias fraudulentas mediante falacias argumentativas, manipulando pruebas de las que se hicieron inferencias fácticas que no corresponden al contenido material de las pruebas, para condenar por cobro de 6 mil dólares que eran de un préstamo, que fue devuelto en 12 cuotas de 500 dólares mensuales.

La ineficiencia de los recursos

En un proceso penal se violan los derechos del justiciable, si se inobserva el respeto al *garantismo* constitucional y al *garantismo penal* pues el derecho de defensa está previsto in extenso en los artículos 75 y 76 de la Constitución de Ecuador y es arrasado cuando no se practica la prueba que demanda el acusado en ejercicio de su defensa, consagrado en la Constitución, en el Código Orgánico Integral Penal y en el Pacto de San José (art. 8).

Los *jueces temporales* al conocer tanto el recurso de apelación como el de casación fueron advertidos de esta causa de nulidad del proceso y simplemente la ignoraron con abierto desprecio a las garantías del debido proceso, repitiendo la muletilla de que *no hay causa de nulidad procesal que declarar*.

En la sentencia de la Corte IDH, *Zegarra Marín vs Perú*¹³ hay una expresa referencia a los recursos para garantizar los derechos del justiciable, que en mas de una ocasión no son observados por los jueces al conocer y resolver la *apelación* y la *casación*.

Páginas 49-50 de la sentencia de la Corte IDH:

...171. La Corte ha considerado el derecho a recurrir el fallo como una de las garantías mínimas que tiene toda persona que es sometida a una investigación y proceso penal. En razón de lo anterior, la Corte ha sido enfática al señalar que el derecho a impugnar el fallo tiene como objetivo principal proteger el derecho de defensa, puesto que otorga la oportunidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión judicial en el evento que haya sido adoptada en un procedimiento viciado y que contenga errores o malas interpretaciones que ocasionarían un perjuicio indebido a los intereses del justiciable, lo que supone que el recurso deba ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Este derecho permite corregir errores o injusticias que puedan haberse cometido en las decisiones de primera instancia, por lo que genera una doble conformidad judicial, otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado y brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. En concordancia con lo anterior, a efectos que exista una doble conformidad judicial, la Corte ha indicado que lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral de la sentencia recurrida.

172. Además, el Tribunal ha sostenido que el artículo 8.2 (h) de la Convención se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz, es decir que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. En ese sentido, las formalidades requeridas

13 Corte IDH, *Zegarra Marín vs Perú*. Sentencia de 15 de febrero de 2017.

para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente, es decir que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido. “Debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea [...]. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria”.

173. Además “en la regulación que los Estados desarrollen en sus respectivos regímenes recursivos, deben asegurar que dicho recurso contra la sentencia condenatoria respete las garantías procesales mínimas que, bajo el artículo 8 de la Convención, resulten relevantes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente [...]”

El sistema procesal penal ecuatoriano tiene un procedimiento de casación deficiente y limitado al examen de la sentencia que impide incluso la *revaloración de los hechos*, aunque sabemos que la nueva imagen de la casación penal tiene otra proyección como lo hemos expresado también nosotros¹⁴. A las limitaciones de la casación se ha agregado por resolución vinculante del pleno de la Corte Nacional el *filtro de admisibilidad del recurso* cuya calificación causa estado. Esto permite que se declaren inadmisibles algunos recursos de muchos justiciables. Los recursos admitidos son calificados al buen saber y entender de los *jueces de la casación*, de manera que los cargos casacionales son mutilados.

El respeto a la *convencionalidad* es inexistente o es ignorado, no obstante que en teoría se hable del *bloque de constitucionalidad*.

14 ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal*, Tomo III, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2014.

Criminología mediática vs. Criminología cautelar

Hay que estar prevenidos para no caer en las trampas que suelen provenir de los medios de comunicación que alimentan la selectividad de los *procesos de criminalización*, dando paso a lo que bien llama el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, *criminología mediática* frente a la que nos debe servir la *criminología cautelar* como mecanismo de contención.¹⁵

Dice el profesor Zaffaroni en una de sus obras; “Lo que sucede es que así como hay empresas de infraestructura vial, energética, etc., que requieren un trabajo que exceden uno o dos mandatos, debemos ser conscientes de que la tarea de convertir la *criminología cautelar* en criminología de Estado también es una empresa de infraestructura social, y si en otras materias se han llevado a cabo obras de esa naturaleza, no hay razón de dudar de la posibilidad de ésta. Por eso hay que destacar que *la criminología cautelar debe cuidarse y no aconsejar suicidios políticos, pero debe tener como objetivo impulsar y demandar fuertemente de los políticos su instalación como criminología de Estado*”.¹⁶

Para lograr este objetivo sugiere una adecuada institucionalización de un órgano técnico de la violencia social. Debe haber un órgano técnico encargado de controlar la violencia con capacidad “para monitorear el conjunto de agencias del sistema penal y de investigar y orientar a ese conjunto como también de enfrentar la criminología mediática con datos ciertos y con tácticas técnicamente planificadas conforme al saber comunicacional”¹⁷. Nadie está en condiciones de confrontar seriamente los datos de esa *criminología mediática* que construye la realidad según su conveniencia coyuntural y mutable. El Estado y la sociedad están indefensos frente a la *criminología mediática*. Como nadie mide el efecto reproductor de la *criminología mediática*, no se sabe hasta qué punto reproduce el delito o incrementa la conflictividad social.

El profesor Zaffaroni afirma que se dispone de los conocimientos

15 ZAFFARONI Eugenio Raúl, *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, Ediar, Buenos Aires, 2011.

16 ZAFFARONI Eugenio Raúl, *La cuestión criminal*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2013, p. 324.

17 ZAFFARONI Eugenio Raúl. *La cuestión criminal*, ob. cit. p. 325.

técnicos para llevar a efecto diagnósticos, pronósticos, detectar las situaciones y fuentes de riesgo y llevar a cabo una labor de prevención en serio. “En ningún país pobre se invierte dinero en investigación criminológica de campo, por lo que no se dispone de datos serios sobre la violencia criminal. En estas condiciones es imposible confrontar la realidad con los distorsionados datos de la *criminología mediática*”.¹⁸

Al referirse a la *criminología cautelar* y contención jurídica, expresa: “Cuando el sistema penal esta mínimamente equilibrado y se encuentra en el marco de un discreto Estado de Derecho, en su interior existe un poder de contención a cargo de las agencias jurídicas (jueces, fiscales, abogados, auxiliares) de cuyo entrenamiento se ocupan las agencias de reproducción ideológica (las facultades de derecho, las universidades).

La *criminología mediática* tiende a debilitar el Estado de Derecho, extorsionando a las agencias jurídicas con la publicidad calumniosa que les imputa encubrimiento de los *chivos expiatorios*, a lo que suele sumarse el poder político cuando en su camino a la autodestrucción, procura desviar hacia los jueces, la publicidad extorsiva. Tanto la publicidad como los políticos asustados se aprovechan de la indefensión de los operadores jurídicos, y esto se debe a su falta de medios y de entrenamiento comunicacional.

La agresión mediática y política muchas veces condiciona acciones lesivas de la autonomía de los jueces y pronuncia sentencias por su cuenta”.¹⁹

No hay fórmulas mágicas pero “la *criminología mediática* tiene reflejos ágiles para percibir el cambio de humor social y estimularlo, quitar de su mira al juez que quiere controlar el poder punitivo (hasta entonces estigmatizado como *garantista*) y disparar sin piedad al condescendiente hasta convertirlo en chivo expiatorio de la atrocidad que ella mismo impulsó. Estas consideraciones – y muchas otras indican la necesidad de incorporar al horizonte de proyección de la *criminología cautelar* tanto el perfeccionamiento

18 ZAFFARONI Eugenio Raúl. *La cuestión criminal*, ob. cit. p. 325.

19 ZAFFARONI Eugenio Raúl, *La cuestión criminal*, ob. cit. p. 343.

institucional del poder jurídico, así como también el análisis crítico de los discursos jurídicos para detectar los elementos inhibidores de la función contentora o que sean parte de una técnica de neutralización de valores”.²⁰

Debemos evitar caer en las redes de la *criminología mediática* que termina por secuestrar el pleno ejercicio de una verdadera democracia en un Estado de derecho.

Agregamos de nuestra propia cosecha que casos importantes son sometidos a un proceso de *criminalización mediática y mediatizada* en el que se coluden en connubio ilícito y en un bien organizado y estructurado Lawfare, fiscales, jueces y sectores de medios de comunicación. Claro que no faltaran quienes aplaudan como *carroñeros de la justicia* su cadáver insepulto!

Valoración criminológica de un caso por la *noticia criminis*

¿Cómo se inicia un proceso? A veces por la *noticia criminis* proporcionada por un policía. Aquí vuelve a funcionar lo que habíamos estudiado y comentado desde hace 40 años en el ámbito de la *criminología crítica* con los trabajos y publicaciones de Lolita Aniyar²¹, Rosa del Olmo²² y Emiro Saldoval Huertas²³, debiendo recordar la obra cimera y fundacional del profesor Alessandro Baratta²⁴ con quienes estudiamos los filtros de selectividad del sistema penal constituidos por la policía, los jueces y el sistema penitenciario, a los que debemos agregar hoy a los fiscales. Recordamos dos publicaciones nuestras.²⁵

A propósito de la actuación de la policía como primer filtro de selectividad del sistema penal, el profesor Raúl Zaffaroni se refirió al *poder punitivo* de la policía en conferencia del sábado 25 de abril

20 ZAFFARONI Eugenio Raúl, *La cuestión criminal*, ob. cit. p. 345.

21 ANIYAR de CASTRO Lolita, *Criminología y orden social: Criminología como legitimación y criminología de la liberación*, Maracaibo, Universidad del Zulia, Venezuela, 1977.

22 DEL OLMO Rosa, *América Latina y su Criminología*, Siglo XXI editores, primera edición, México 1981.

23 SANDOVAL HUERTAS Emiro, *Sistema penal y criminología crítica*, Editorial Temis, Bogotá, 1985.

24 BARATTA Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Siglo XXI, México, 1986.

25 ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Temas de Criminología*, Offset Graba, Guayaquil, 1986. ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Temas de Derecho Penal y Criminología*, Offset Graba, Guayaquil, 1988.

del 2020 para el colectivo CESJUL de Colombia, destacando el *poder punitivo* en manos de la policía. Hay casos que son una muestra inequívoca del *poder punitivo* que tiene la policía cuando declara que encontró la *noticia criminis* en un mensaje de twitter en una madrugada en que leyó en un Portal: *O... pone Presidente en Ecuador*. En el proceso reconoció que este es el único hallazgo criminal que ha encontrado en las cuentas de twitter, el que fue puesto en conocimiento de sus superiores, quienes decidieron elevar un parte a la fiscalía. Este es el inicio de la *crónica de una persecución anunciada*, que terminó siendo la *crónica de una condena anticipada*.

El profesor Alessandro Baratta, se refirió a los procesos de *criminalización primaria* que tiene lugar cuando se dicta la ley, y a los procesos de *criminalización secundaria* que se pone en marcha en la aplicación de la ley, que es estratificado, selectivo y clasista. La *selectividad* puede ser positiva (a quienes se criminaliza) o negativa (quienes dejan de ser criminalizados). Así funciona la selectividad del sistema penal.

El profesor Baratta dice en su obra ecuménica:

“Las teorías criminológicas de la reacción social y las que se comprenden en el movimiento de la *criminología crítica* —como se verá— han desplazado el foco del análisis del fenómeno criminal desde el sujeto criminalizado hacia el sistema penal y hacia los procesos de criminalización que de él forman parte y, más en general, hacia todo el sistema de la reacción social ante la desviación”.²⁶

Como nosotros hemos sostenido, hay que entender bien que la *criminología crítica* ha cambiado su paradigma, y en un giro copernicano ha pasado del estudio de la criminalidad y de la desviación, al estudio de los procesos de criminalización selectiva para entender porque se aplica a un ciudadano el estatus de criminal.

Para Alessandro Baratta, “esta dirección de investigación parte de considerar que es imposible comprender la criminalidad si no se estudia la acción del sistema penal que la define y que reacciona

26 BARATTA Alessandro, en ob. Cit. p. 44.

contra ella, comenzando por las normas abstractas hasta llegar a la acción de las instancias oficiales (policía, jueces, instituciones penitenciarias que la aplican). El estatus social del delincuente presupone necesariamente, por ello, el efecto de la actividad de las instancias oficiales del control social de la delincuencia, de manera tal que no llega a formar parte de ese estatus quien, habiendo tenido el mismo comportamiento punible, no ha sido alcanzado aún por la acción de aquellas instancias. Este último, por tanto, no es considerado por la sociedad como *delincuente* ni lo trata como tal”.²⁷

Los vientos de renovación llegaron en nuestro país al igual que en América Latina en el sector de la criminología no oficial, y de alguna manera han ido insertándose - cuando las circunstancias lo permiten - en el debate público y ciudadano, es válido en consecuencia reconocer “el salto cualitativo, el cambio de paradigma que se concretó en la ampliación del objeto de estudio desde el comportamiento criminal a los procesos e instancias de criminalización”.²⁸

En un caso recordemos que en la sentencia del primer nivel se afirmó que el delito de cohecho sirvió para cometer delitos de peculado, asociación ilícita y lavado de activos, con esto se trataba de legitimar una condena por el *delito de cohecho propio agravado* que no fue materia de la acusación de la fiscalía ni era el objeto jurídico del juicio. Igualmente se acudió al art. 30 del Código Penal de 1971 (actuar en *pandilla*) y al art. 287 *ibidem* del mismo código que fue derogado por la 1ra disposición transitoria del COIP del 2014. Se acudió a la *ultra actividad* de un código derogado, pero en perjuicio del justiciable, cuando la *ultra actividad* se aplica siempre en concepto de *favorabilidad*.

Se hacen citas de Gunther Jakobs en idioma alemán y de Luis Greco en alemán y portugués, y se le atribuye al acusado haber llegado a la autoría mediata por instigación mediante *influjo psíquico*. Aclaro que yo JAMAS he sostenido que no exista el *influjo psíquico* (ver Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde) como medio o instrumento para cometer un delito, lo que sostengo y ratifico es

27 BARATTA Alessandro, ob. cit. p. 84.

28 BERGALLI Roberto, *Sentido y contenido de la Sociología del Control Penal para América Latina*, 1er Seminario de Criminología Crítica, Medellín, Colombia, 1984, p. 186.

que no está probado en el proceso el *influjo psíquico* que se afirma que se utilizó.

En defensa propia

Agregamos de nuestra propia cosecha que no se trata de utilizar el *Lawfare* para legitimar la corrupción, pues en once países se tramitan causas a raíz de los delitos cometidos por O..., una de las mayores empresas del continente. Son múltiples las intervenciones escritas y en mi cuenta en YouTube en que he sugerido que se procese penalmente en Ecuador a los directivos de O... incluyendo a N... O... y no solo a C... S... que han gozado de impunidad hasta hoy en Ecuador. USA consiguió en diciembre del 2016 un acuerdo de reparación por dos mil seiscientos millones de dólares por parte de O..., en el llamado Acuerdo de Cooperación relacionado con los *Sobornos* pagados por la empresa en toda la región, salvo Chile.

En una publicación reciente decimos:

“El **Quinto Jinete del Apocalipsis** es la gran peste de las dos primeras décadas del siglo 21 constituida por la *corrupción*. Esa es la gran impronta del presente siglo, y es lo que explica el porqué de estos comentarios.

Aunque se trate de una concurso de delitos de vieja y de reciente data como la *asociación ilícita*, el *soborno* (*cohecho*, *coima*), *peculado*, *concusión*, *enriquecimiento ilícito*, *lavado de activos* (*blanqueo de capitales*), que hoy forman parte de un cóctel que es la *delincuencia organizada*, seguramente el momento clave o culminante de este proceso de criminalidad se produce cuando se crea una estructura de poder gigante y transnacional manejada por *mafias modernas* como la FIFA u ODEBRECHT. Estas *mafias modernas* encontraron la mejor manera de manejar estos gigantescos procesos de corrupción que han salpicado al mundo entero (FIFA) y a la América Hispanohablante (ODEBRECHT) capacitando al *mejor sicario* que resultó ser el dinero, tratando de hacer perder el rastro de la corrupción o pago de sobornos, mediante el *lavado de activos* o *blanqueo de capitales*, lo que ha puesto en actualidad la utilización de los *paraísos fiscales* y

las compañías o sociedades *offshore*. Hay que reconocer que Chile no consta en la lista de sobornos pagados por Odebrechet, según el Acuerdo de Cooperación suscrito con el Departamento de Justicia de USA (2016) que determina el pago de una multa o compensación por 2 mil seis cientos millones de dólares...”²⁹

Somos contrarios a usar la contracción *lawfare* para politizar o minimizar procesos judiciales que han puesto a la luz, al menos en parte, el complejo y extendido fenómeno de la corrupción sistémica. Claro que repudiamos los delitos de corrupción de Odebrechet, pero no se puede manipular una supuesta lucha contra la corrupción tomándose incluso el nombre de Odebrechet, y acudir a un delincuente confeso a quien se ha beneficiado con la verdadera impunidad, para crear un entramado penal utilizando el *Lawfare*. El *Lawfare* no es una palabra mágica para descartar la única manera de resolver la búsqueda de la verdad en un proceso penal y conseguir realmente la justicia. La corrupción no tiene ideología de izquierda o de derecha, está al margen de cualquier etiqueta ideológica.

Por las razones expuestas seguimos con un estudio crítico permanente sobre el *antigarantismo penal* y sobre la *maquinaria de demolición de las garantías de un Estado constitucional de derechos y justicia*, en el que se irrespeta el *derecho al debido proceso* para criminalizar y condenar a cualquier ciudadano. Este discurso crítico se construye con el amparo de la doctrina, y de la buena jurisprudencia de la Corte Nacional, de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

29 ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Lavado de Activos*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Chile, 2020, p. 13.

Capítulo 2

LA CADUCIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LOS SUSTITUTIVOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL.

Sumario

Introducción. El plazo para la caducidad de la prisión preventiva. Criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Algunos criterios en Argentina. Sobre los sustitutivos de la prisión preventiva. Casos en que no procede sustituir la prisión preventiva por otra medida cautelar. La prisión preventiva como medida cautelar procesal o penal. La prisión preventiva en el derecho procesal penal alemán. El principio de oportunidad. Principio de mínima intervención penal y derecho penal mínimo. Principio de proporcionalidad, de mínima intervención penal, y control de constitucionalidad de las leyes penales. Conclusiones.

Introducción

Un innegable aumento de la criminalidad de contenido violento en Ecuador, alimentó inicialmente un discurso mediático desde sectores oficiales (o de gobierno) que a finales del año 2010 e inicios del 2011, anunciaban un proyecto de código penal de aumento de penas y de recorte de garantías procesales (de beneficios de excarcelación), lo cual se traducía en mayor aumento de la penalidad y de una limitación de las garantías procesales penales y penitenciarias. Luego se da marcha atrás a esta propuesta ante el cuestionamiento de algunos sectores académicos que expresaron su

preocupación por estas propuestas de *derecho penal y procesal penal máximo* como clara expresión de un reciclado *derecho penal y procesal penal del enemigo*; en alusión a las posiciones de los profesores Günther Jakobs y Julio B.J. Maier.

El principal cuestionamiento se produjo porque con la Constitución del Ecuador del 2008 en el Art. 195 se constitucionalizaron los *principios de oportunidad y de mínima intervención penal*, el primero de clara formación roxiniana³⁰, y el último de clara formación ferrajoliana³¹. Pero en el mismo Art. 195 de nuestra Constitución se hace referencia a ambos principios, *con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas*. El otro argumento del cuestionamiento era el de *la regresividad* que está proscrita en la Constitución del 2008 en el Art. 11 n. 8, que el segundo párrafo claramente señala: “Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o **anule injustificadamente** el ejercicio de los derechos”. (El destacado es nuestro)

La pregunta era y sigue siendo, si un país vive un *estado de necesidad social* de gran magnitud por el incremento de la criminalidad de contenido violento, se encontraría justificado un proyecto o propuesta de aumento de penas? Pero el hecho cierto es que no fue materia de la propuesta de consulta popular del 7 de mayo del 2011, en tanto que si lo fueron los temas relacionados con la *caducidad de la prisión preventiva*³², en que con escaso margen se habría impuesto el SI a la consulta en estos dos temas.

Recordemos que el derecho a ser juzgado en un tiempo prudencial o razonable o a ser puesto en libertad, lo determina el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 de NN.UU. en el Art. 9 n. 3.³³

30 Cf. ROXIN Claus, *Derecho procesal penal*, Traducción de la 25 a edición alemana de Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires-2003.

31 Cf. FERRAJOLI Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibañez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantanero Brandes, Trotta, Madrid, 1995.

32 Art. 77 n. 9 de la Constitución, y 169 reformado del Código de Procedimiento Penal.

33 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 9

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

La Constitución española de 27 de diciembre de 1978, que en su Art. 1 proclama a España como Estado social y democrático de derecho, en el Art. 17 expresa que “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”. En el numeral 2 se consigna que “La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”. En el numeral 3, se prevé: “Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca. Y en el numeral 4, se señala:” La ley regulará un procedimiento se ‘habeas corpus’ para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Así mismo por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”.

Al igual que en el contexto europeo y la aplicación del PIDCP, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969, consagra el derecho a ser juzgado en un tiempo razonable o a ser puesto en libertad, en el Art. 7 n. 5.³⁴

3. *Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.*

4. *Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.*

5. *Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.*

34 CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José)

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.*

2. *Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.*

3. *Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.*

4. *Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.*

5. *Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.*

6. *Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales.*

El Ecuador ha suscrito tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como la Convención Americana de Derechos o Pacto de San José de Costa Rica, que han sido citados en cuanto al respeto al derecho a la libertad, mismos que son vinculantes para el Estado ecuatoriano (Arts. 3, 10, 11. N. 3, 7, 424, 425).

Personalmente estamos convencidos de que nuestro sistema de garantías constitucionales y procesales, incluyendo las de excarcelación, responde mejor a un concepto de derecho internacional de los derechos humanos y a una propuesta de derecho penal humanitario. Lamentablemente el mal uso de las propuestas de *derecho penal mínimo* y su predicado de última o de *extrema ratio* a pretexto del *carácter restrictivo* de las medidas de aseguramiento personal como es la prisión preventiva; y, la utilización *prioritariamente* de los *sustitutivos de la prisión preventiva* en los casos de delitos graves, que debieran ser no excarcelables, ha degenerado en un *uso perverso, irracional y abusivo del derecho*, a pretexto de la defensa del derecho a la libertad!

El plazo para la caducidad de la prisión preventiva

En el anteproyecto de Código de Procedimiento Penal que se había inicialmente elaborado por la CLD de Quito ³⁵ (año 1997), se había previsto como plazo para la caducidad de la prisión preventiva, el de dos años en tratándose de los delitos más graves (penados con reclusión) y de un año para los menos graves (penados con prisión correccional), debiendo revisar el documento para establecer de acuerdo con lo previsto en el Art. 24 n. 8 de la Constitución de 1998, los plazos de seis meses en los delitos menores y de un año en los de mayor penalización. Este plazo se mantiene igualmente en la Constitución del 2008, en el Art. 77 n. 9. Con el establecimiento de un plazo determinado, lo que se pretendía era dar cumplimiento

En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

35 La Comisión redactora de la CLD de Quito (Corporación Latinoamericana para el Desarrollo) la conformábamos: Walter Guerrero Vivanco, ex Presidente de la Corte Suprema y profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad Central de Quito, Edmundo Durán Díaz, ex Fiscal General y profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, y Alfonso Zambrano Pasquel, profesor de derecho procesal penal de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

en forma expresa al plazo razonable y prudencial a que se refiere tanto el Art. 7 n. 5 del Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos, y el Art. 9 n. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de NN.UU. de los cuales es signatario el Ecuador.

La Constitución española no fija un plazo sino que el establecimiento del plazo prudencial y razonable, lo deriva a una ley complementaria. Esto permite que se pueda discutir en qué casos debe ser mayor o menor el plazo en función de la gravedad de los delitos, y encontrar mecanismos para que el plazo prudencial y razonable previsto en el Art. 17 n. 4 de la Constitución española, no sea vulnerado mediante un *ejercicio abusivo del derecho de defensa*. En España se dan casos de duración de la prisión provisional de hasta *cuatro años*, lo cual sin duda no es razonable ni prudencial. El Prof. Gimeno Sendra nos ilustra expresando, “La integración que la referida norma ordinaria ha efectuado de la constitucional lo es tan solo parcial o por exceso, en el sentido de que hay que estimar vulnerado el derecho al plazo razonable de la prisión provisional *siempre que se infrinjan los plazos* de tres meses, un año o dos y hasta cuatro años establecidos en función de la gravedad del delito (SSTC 127/1984, 286/1985, 85/1995, y 32/1987). Pero, *sin necesidad de rebasar tales plazos, también puede vulnerarse el art. 17.4 si el proceso penal queda paralizado sin causa de justificación alguna* que la legitime y sin que pueda atribuirse a una conducta obstruccionista, dolosa o negligente de la defensa la dilación indebida o paralización del procedimiento (SSTC 206/1991, 41/1996)”.³⁶

Las mencionadas causas de justificación son similares a las que Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha elaborado en su doctrina sobre la integración de los estándares nacida con ocasión de la interpretación, de que la causa sea oída dentro de un plazo razonable del art. 6.4. del CEDH (SSTHDH, de 27 de junio de 1968, de 10 de noviembre de 1969, de 2 de octubre de 1984, de 25 de octubre de 1989, de 26 de junio de 1991)³⁷. De conformidad con esa doctrina,

³⁶ GIMENO SENDRA Vicente, *La prisión provisional y derecho a la libertad*. Publicado en *PRISION PROVISIONAL, DETENCION PREVENTIVA Y DERECHOS FUNDAMENTALES*. Ediciones de Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 1997. p. 148.

³⁷ Cf. GIMENO SENDRA Vicente, *en ob. cit.* p. 148.

para determinar si se ha excedido o no el plazo máximo o razonable de la prisión provisional, hay que atender, en general, al examen de la complejidad del asunto, la actividad desplegada por el juez de instrucción y el comportamiento del recurrente. En particular en lo que se refiere a la prisión provisional, se debe tomar en consideración la *gravedad del delito imputado* (STEDH, “Tomasi” de 27 de agosto de 1992), al *riesgo de fuga y la complejidad* del procedimiento (STEDH “Van del Tang” de 13 de julio de 1995). No puede invocarse como causa de justificación de las dilaciones indebidas, la sobrecarga de trabajo de un determinado juzgado de instrucción.

El Tribunal Constitucional español ha tenido ocasión de declarar que una actividad de la *defensa obstruccionista*, consistente en plantear recursos o incidentes imprudentes dirigidos exclusivamente a obtener la indebida puesta en libertad del imputado como consecuencia del cumplimiento de los plazos de la prisión provisional, se manifiesta “contraria a la obligación constitucional (de las partes) de colaboración con jueces y tribunales en orden a obtener una rápida y eficaz actuación de la justicia que no puede merecer el amparo de la Constitución” (STC 206/1991).³⁸

La discusión transita por darle a la prisión preventiva (o provisional) un fundamento procesal o uno penal-sustantivo (el relacionado con la prevención especial), en tanto que constitucionalmente le asiste al ciudadano el *principio de presunción de inocencia*. Como manifiesta el Prof. Perfecto Andrés Ibáñez, que era además magistrado del Tribunal Supremo español, un criterio a tomar en consideración es “el dato de la gravedad del delito que tendrá que ser valorado como indicador de una seria posibilidad de que el imputado vaya a tratar de sustraerse a la acción de la justicia impidiendo la andadura procesal, en particular la investigación. Y en el mismo sentido habrían de leerse los datos relativos a las circunstancias del hecho y los antecedentes del imputado”.³⁹

En la línea expuesta precedentemente se orienta tanto el Tribunal Constitucional español como el Tribunal Europeo de Derechos

³⁸ Cf. GIMENO SENDRA Vicente, en ob. cit. p. 149.

³⁹ ANDRÉS IBÁÑEZ Perfecto, *El juez y la prisión provisional, Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (Estudios; 91), Cuenca, 2003. p. 24.

Humanos, subordinando el uso legítimo de la prisión provisional a que concurra “ la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo, que parten del imputado, a saber: su sustracción de la acción de la administración de justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva” (STC 128/1995, dictada en el caso “Sotos-PSV”, y que expresa de forma acabada la posición del Tribunal. Se elimina el criterio legal de “alarma”, virtualmente expulsado del discurso del Tribunal que, como resulta advertible, trata, además, con cautela el criterio, también legal, de la reiteración delictiva).

Para el mismo Tribunal Constitucional español, la valoración del riesgo de manipulación del cuadro probatorio por el imputado pudiera hacerse, tomando en consideración la gravedad del delito y de la pena, pero con carácter general exige que la *ponderación del riesgo de fuga* se haga prestando atención a las circunstancias personales y de situación del sujeto. De allí es que se señala que la estimación que en primer momento pudo legitimar la medida de aseguramiento debe ser revisada con cierta periodicidad, a fin de evaluar si los hechos tenidos en cuenta al momento de dictarse la medida se mantienen vigentes, de manera que fuese necesario mantener la prolongación de la medida.⁴⁰

Tanto la primera resolución al momento de dictarse la medida, como su revocatoria deben estar debidamente fundamentadas. Para nosotros un sistema como el acusatorio que reconoce al juez penal como juez de garantías y como órgano decisor de la medida, debe permitir un *uso verdaderamente racional* de la prisión preventiva o provisional pues el juez se encuentra al margen de la investigación que la dirige el fiscal, por lo cual no hay el *conflicto de intereses* que se presentaba en nuestros anteriores códigos, en que el juez de la instrucción o investigación era el mismo juez que recibía la prueba y que disponía y revocaba las medidas de aseguramiento personal como la prisión preventiva. Además tanto para que se dicte la medida como para su revocatoria el juez de garantías penales debe

⁴⁰ Este fue el criterio del Tribunal español en el caso “Sotos-PSV”, en que decidió que si bien es verdad que existían motivos valederos al dictarse la medida, con el curso del tiempo ya no era necesario su mantenimiento, declarando su procedencia, al momento de presentarse el recurso.

convocar a una audiencia oral con tal finalidad respetando el derecho a la defensa y al contradictorio.

Criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Como un aporte más a lo dicho, agregamos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado algunas pautas en cuanto a la aplicación del plazo razonable a que se refiere el Pacto de San José, que sin duda se refiere al derecho a ser *juzgado* antes que a ser *excarcelado*, en tiempo prudencial y razonable o a ser puesto en libertad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha explicado, en relación al plazo razonable contemplado en el art. 8.1 de la Convención, que “Este no es un concepto de sencilla definición. Se pueden invocar para precisarlo los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues este artículo de la Convención Americana es equivalente en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales” (Caso Genie Lacayo, del 29-1-97, Considerando 77º. En el mismo sentido, causa “Suárez Rosero”, del 12-11-97).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, recogiendo la doctrina de la Corte Europea, ha insistido en los fundamentos a considerar: a.- Complejidad del asunto (significa igualmente la gravedad del delito); b.- Actividad procesal del interesado (debe analizarse la actitud leal y no obstruccionista de quien está siendo juzgado); y, c.- Conducta del tribunal para establecer (si ha aplicado criterios y principios como los de celeridad procesal y debida diligencia), en un caso concreto, que hubo demora inaceptable, que no se observó la regla del plazo razonable.

Algunos criterios en Argentina

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en la causa “Bramajo, Hernán Javier”, del 12-9-96, que tuvo por base el informe de la Comisión interamericana 10037 sobre Argentina de 1989, explicó que el concepto de plazo razonable se relaciona con la gravedad del delito y los elementos fácticos de la causa, para concluir que el mismo no es pasible de ser establecido a priori y en abstracto. Asimismo, en la causa “Trusso, Francisco Javier, s/ excarcelación”, del 12-8-03, se determinó que el plazo establecido en el artículo 1 de la ley 24.390 no es de aplicación automática.

Como dice con acierto un jurista argentino, Mario E. Corigliano: “Desde un punto de vista dogmático un proceso penal cuya tramitación supera el plazo razonable, esto es de duración excesiva, no sólo lesiona el derecho del imputado a ser juzgado rápidamente sino que también afecta a todos y cada uno de sus derechos fundamentales y sus garantías procesales reconocidas en la Constitución. Como consecuencia, si el proceso se prolonga indebidamente todas sus reglas de funcionamiento acabarán distorsionando su derecho a un juicio rápido y los principios elementales de la actuación legítima del Estado”.⁴¹

En la opinión siempre importante del Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni: “3. En el ámbito procedimental, la preocupación liberal más importante- si no toda- constituye la garantía de defensa, que requiere una sentencia en tiempo razonable. Lo contrario obstaculiza el ejercicio del derecho, facilita la pérdida de pruebas con el transcurso del tiempo y, en definitiva acaba invirtiendo la lógica del proceso al perderse la importancia de un pronunciamiento definitivo, habida cuenta que la violación al principio de inocencia avanza con la duración del proceso, hasta el punto de pronunciarse sentencias cuando el sujeto ha cumplido la pena, lo que también conspira contra la imparcialidad del fallo, toda vez que los tribunales tienden a ser remisos a absolver en casos de prisión preventiva prolongada”.⁴²

41 CORIGLIANO Mario. E. Plazo razonable y prisión preventiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se puede revisar este documento en nuestra página web. En www.alfonsozambrano.com.

42 ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro. Derecho Penal. Parte General. 1ra. Edición,

Sobre el abuso institucionalizado con la prisión preventiva y el riesgo cierto de una condena para tratar de legitimar la duración excesiva del proceso penal, nos pronunciamos en el año 1986 con una de nuestras publicaciones, con base en la experiencia de campo que nos proporcionaba el estudio de la duración del proceso penal en Ecuador.⁴³

Compartimos el pronunciamiento de que, la razonabilidad del plazo al que se refiere el precepto se debe apreciar en relación con la duración total del proceso desde el primer acto procesal hasta que se dicte sentencia definitiva. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en el sentido de que, en materia penal, el plazo comienza en la fecha de la aprehensión del individuo. Cuando no es aplicable esta medida pero se halla en marcha un proceso penal, dicho plazo debiera contarse a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso. Particularmente en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse.⁴⁴

Se trata en todo caso de salvaguardar también el derecho a ser juzgado sin dilatorias que afecten derechos fundamentales como el de *inocencia* y el de *libertad*.

Sobre los sustitutivos de la prisión preventiva

Seguirá siendo un tema de discusión interminable, aceptar o negar que el contenido de la segunda pregunta a que se refirió la consulta popular del 7 de mayo del 2011, referida a los sustitutivos de la prisión preventiva, es inconstitucional, porque se traduce en una propuesta que significa una regresión de los derechos humanos prevista en el segundo inciso del Art. 8, y que por ello debe recurrirse a una Asamblea Constituyente conforme el Art. 444 de la Constitución del 2008.

Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 859.

43 ZAMBRANO PASQUEL Alfonso. *Temas de Criminología. Imprenta Offset Graba, 1986, p. 87-106.*

44 Cfr. CIDH. Casos: Juan Humberto Sánchez contra Honduras, Hilarie Constantine contra Trinidad y Tobago, y Suárez Rosero contra Ecuador.

Nuestra posición es que, *no era necesaria una reforma constitucional*, porque lo que había habido en verdad era una *mala utilización* de los sustitutivos de la prisión preventiva y un *uso irracional y abusivo del derecho* a que se refiere el Art. 77 n. 11 de la Constitución del 2008. Existiendo incluso reformas al Código de Procedimiento Penal previstas en el Art. 160 para aplicar correctamente los sustitutivos de la prisión preventiva, y disponer las que permiten la prohibición de abandonar el país, o presentarse cada cierto tiempo ante la autoridad, respetando el *principio de proporcionalidad*.

Yo no voy a abdicar de lo que he sostenido con respecto al principio de *derecho penal mínimo* (o de *mínima intervención penal*) preconizado por el Prof. Luigi Ferrajoli) o con respecto al *principio de oportunidad*.⁴⁵

Constituye sin duda un uso irracional del derecho, utilizar una medida cautelar distinta a la prisión preventiva para poner en libertad a un sujeto que por ej. se encontraba detenido con más de 100 kilos de cocaína, o a un asesino o a un violador, en el momento en que se los llama a juicio, con el argumento de que con las reformas al CPP, es válido disponer otras medidas cautelares, pues el Art. 159 reformado dice: “ En todas las etapas del proceso las medidas privativas de la libertad se adoptarán siempre de manera excepcional y restrictiva...”, y que el Art. 232 del mismo CPP - que se refiere al auto de llamamiento a juicio - dice: “ 3.La aplicación de medidas cautelares no dictadas hasta el momento, o la ratificación, revocación, modificación o sustitución de las medidas cautelares dispuestas con antelación”.

45 En el año 1986 (hace 25 años) se publicó por parte de Offset Graba en Guayaquil, un libro TEMAS DE CRIMINOLOGIA del cual soy autor, que contiene un estudio que va desde La criminología liberal reformista a la criminología crítica, en el que cuestionaba el abuso con la prisión preventiva, la conveniencia de su caducidad, las salidas alternativas al sistema penal, y reclamaba por la racionalidad de la prisión preventiva (p. 73-108). Al igual que con el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, me unía una gran amistad personal con el Prof. Alessandro Baratta, padre de la criminología crítica que vino dos veces al Ecuador, una por gestión directa de mi parte.

En el año 1988 (hace 23 años) se publicó por parte de Offset Graba en Guayaquil, un libro TEMAS DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA de mi autoría en el que hago referencia al Nuevo derecho penal y criminología crítica (p.11), a un Nuevo derecho penal (a partir de la p. 29) siguiendo los lineamientos del Prof. Claus Roxin. En lo personal hago una defensa del derecho penal mínimo (a partir de la p. 37) pues ya conocía el pensamiento del Prof. Luigi Ferrajoli de la Universidad de Camerino, a quien cito en mi libro. Me refiero a la Nueva criminología (a partir de la p. 51), y me refiero al Abolicionismo (a partir de la p. 59) reproduciendo la opinión de Ferrajoli, de abolir por lo menos la pena de cárcel.

En 1996, Offset Graba de Guayaquil, publica otro libro de mi autoría, TEMAS DE CIENCIAS PENALES, en que me refiero al modelo acusatorio oral, al principio de oportunidad, a un uso racional de la prisión preventiva, insisto en la caducidad del auto de prisión preventiva, y la necesidad de su aplicación en función de la gravedad del delito imputado, etc. (p. 79-107). El anteproyecto de código penal de mi autoría, además de su vertiente finalista, tiene aspectos relacionados con las alternativas a la privación de la libertad que yo venía estudiando y compartiendo. (cf. Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, Práctica Penal, Tomo V, Edino, Guayaquil, 1995, p. 152-248).

Veamos los siguientes aspectos:

La prisión preventiva - que llega a convertirse en una forma de pena anticipada aunque no sea esa su finalidad -, no debe ser manifiestamente violatoria de cualquier presupuesto de política criminal y de racionalidad, pues es una forma preponderante de coerción penal que produce como principales efectos los desintegradores de la personalidad, como la despersonalización, prisonización, etiquetamiento, etc., que funcionan como operadores de futuras conductas desviadas y como reforzadores de estigmatización cuando se trata de la prisión preventiva.⁴⁶

Los límites racionales para el encierro preventivo pueden encontrarse en planteamientos como: 1. Su excepcionalidad, de manera que la libertad se siga respetando como principio. 2. Su fundamento únicamente en la probabilidad de autoría y participación o *riesgo de fuga* o de entorpecimiento en la búsqueda de la verdad. 3. Evitar que la prisión preventiva produzca un mayor daño que la amenaza de la pena por respeto al *principio de proporcionalidad*. 4. La subsidiariedad, vale decir que se evite en lo posible el encarcelamiento. 5. Su limitación temporal, de manera que enervados los indicios que permitieron fundar una presunción de responsabilidad se disponga de inmediato su revisión y la cancelación de la medida de aseguramiento preventivo.

Casos en que no procede sustituir la prisión preventiva por otra medida cautelar

No es necesario reformar la Constitución, para expresar que los delitos graves no deben permitir la puesta en libertad, para que el justiciable vaya regularmente al juzgado a firmar un registro, y a limitar su salida del país. Pues nos encontramos ante un riesgo cierto y razonable de *fuga*, cuyo responsable es el juez de garantías penales. Los jueces de garantías penales deben hacer un *uso racional del derecho*, traducido en la facultad de utilizar una medida menos gravosa como es la prisión preventiva, PERO JAMÁS EN DELITOS GRAVES como tráfico de drogas, violación, asesinato,

⁴⁶ ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Manual de Práctica Procesal Penal*, Edilex S.A., 2009, p. 127 y ss.

tráfico de migrantes, pornografía infantil, prostitución de niños y adolescentes, delitos contra la propiedad (robos, secuestro *express*) agravados, sicariato, para mencionar los más graves, pues el Art. 159 dice en la totalidad de su párrafo segundo: “*En todas las etapas del proceso las medidas privativas de la libertad se adoptarán siempre de manera excepcional y restrictiva, y procederán en los casos que la utilización de otras medidas de carácter personal alternativas no fueren suficientes para evitar que el procesado eluda la acción de la justicia*” (vale decir, para evitar que se fugue).

Agreguemos a lo expresado que en la Constitución de Montecristi del 2008, se señalan dos razones (que son de política criminal), para disponer la medida de aseguramiento personal, en el Art. 77 n. 1 que dice: “La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas con la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva...”

Los fundamentos de política criminal que señala la Constitución del 2008 para legitimar la necesidad de la prisión preventiva, vale decir su utilización de última o de *extrema ratio*, son: 1. Garantizar la comparecencia en el proceso, misma que estaría garantizada si ya está privado de la libertad en un caso grave. 2. Asegurar el cumplimiento de la pena, misma que estaría asegurada si sigue detenido.

Si el juez asume el riesgo de que no comparezca al proceso (por ej. En caso de narcotraficantes, violadores, asesinos, sicarios, etc.), *beneficiando al detenido con un sustitutivo* en virtud del Art. 232 n. 3, que significa ponerlo en libertad, el juez tiene que responder si no comparece a la audiencia del juicio el presunto delincuente. Si ya está llamado a juicio lo más lógico y racional es que se oculte o se dé a la fuga, si consigue que se lo ponga en libertad!

En los casos graves como los que se señalan, si el juez pone en libertad a un imputado o procesado, hay un *ejercicio doloso y abusivo del cargo* por parte del juez de garantías penales, en perjuicio de la causa pública, incumpliendo el juez con la obligación de prestar el auxilio que la causa pública demanda y que es inherente al ejercicio del cargo. No se trata de echarle la culpa al Código de Procedimiento Penal, a la Constitución del 2008, o a las reformas al CPP del 24 de marzo del 2009, pues como dice un destacado jurista argentino Julio Bernardo José Maier, autor del *Anteproyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica*⁴⁷, el mejor código del mundo fracasa si no tiene buenos operadores, que significa buenos policías (el primer filtro de selectividad del sistema penal), buenos fiscales y buenos jueces.

Estos comentarios son aplicables en el Código Orgánico Integral Penal del 2014 que entró en vigencia en Ecuador.

En guarda del respeto a un *derecho penal mínimo* y a un concepto justo de lo que debe ser la *mínima intervención penal*, dejamos constancia de que el *derecho penal mínimo* o el *principio de oportunidad* o un *uso racional del derecho* cuando se trata de utilizar la prisión preventiva como último recurso (Art. 77 numeral 11 de la Constitución del 2008), se degenera cuando un mal juez pone en libertad a un traficante de drogas o a un violador o asesino, etc., a pretexto de las garantías constitucionales y procesales. El *derecho penal mínimo* busca la utilización de la cárcel como recurso *extremo*, vale decir en los casos más graves.

Lo que es para el primer mundo - incluyendo España - el flagelo del terrorismo, es para nosotros el tráfico de drogas, ambas expresiones de la delincuencia organizada transnacional o trasfronteriza. Cuando defendemos un derecho penal de última o de *extrema ratio* no estamos legitimando la impunidad, antes y por el contrario lo que pretendemos es llegar a la *contracción al máximo del derecho penal*, para que el sistema penal funcione realmente sancionando los delitos más graves, de la manera más pronta, y con la intensidad que reclama una sociedad azotada por la delincuencia de mayor costo social, y de mayor contenido violento.

47 Se puede revisar el documento en nuestra página web, en www.alfonsozambrano.com en el link DOCTRINA PENAL.

Si un sujeto que estando preso por delitos graves como los que se han mencionado, recupera la libertad por la decisión abusiva del juez, y no comparece al proceso para la audiencia del juicio, de quien es la responsabilidad? Sin duda del juez de garantías penales que habría adecuado su conducta en la hipótesis típica del prevaricato. Para incurrir en delito de prevaricato, es suficiente el actuar con *dolo eventual*, no se requiere ni *dolo directo* o *dolo de primer grado*, ni un actuar con *dolo indirecto*, o de *consecuencias de necesarias*.⁴⁸

Un *uso racional del derecho* implica la no puesta en libertad, para que el presunto delincuente *se encuentre a disposición de la judicatura para la audiencia de juicio, y luego para el cumplimiento de la pena*, lo cual no va a ocurrir si ya está libre en un caso como el de drogas, de asesinato, de violación, etc. Nosotros afirmamos la *necesidad de mantener la prisión preventiva* en los casos de delitos graves, como el relacionado con el tema de las drogas ilegales, violaciones, asesinatos, secuestro express, sicariato, tráfico de migrantes y otros. En lo personal podemos ser abolicionistas, o sugerir que la única respuesta racional al tráfico de drogas ilegales es su legalización⁴⁹, pero otra cosa es nuestra posición frente al crimen organizado y la delincuencia organizada transnacional, -como el tráfico de drogas-, por lo que no estamos de acuerdo con algunos jueces que a pretexto de garantías incurren en un ejercicio abusivo de la función, y en un *uso irracional del derecho*.

Las propuesta no es la de eliminar los beneficios de excarcelación, sino la de eliminar un ejercicio abusivo del derecho.

En opinión del Catedrático de Derecho Procesal español, D. Luis Gimeno Sendra - que era además Magistrado del Tribunal Constitucional de España- :” De conformidad con nuestra Constitución, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y la doctrina de los órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación (Tribunal Constitucional y Europeo de Derechos Humanos) puede entenderse por prisión provisional la situación nacida de una

48 Cf. ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Manual de Derecho Penal*, 3ra. Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009, p. 85 y siguientes.

49 Cf. ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Cárcel y drogas. De la represión a la legalización*. Editorial Edino, Guayaquil, 1994, 161 páginas.

resolución jurisdiccional de carácter provisional y duración limitada por la que se restringe el derecho a la libertad de un imputado por un delito de especial gravedad y en quien concurre un peligro de fuga suficiente para presumir racionalmente que no acudirá a la llamada de la celebración del juicio oral”.⁵⁰

Como se trata de una medida cautelar que afecta un *derecho fundamental* como es el *derecho a la libertad*, en palabras de Gimeno Sendra, “La incidencia de esta medida sobre el referido derecho fundamental conlleva importantes consecuencias doctrinales y prácticas, como son la aplicación de un lado, de la doctrina constitucional sobre la *proporcionalidad* y el otorgamiento de otro, a este derecho fundamental de una especial protección jurisdiccional”.⁵¹

Con respecto al *principio de proporcionalidad* destaca el catedrático español Gimeno Sendra, que puede extraerse de la *legalidad*, recordando que el Art. 8.2º del CEDH (Comité Europeo de Derechos Humanos), requiere que toda injerencia de la autoridad pública en la esfera privada ha de estar “prevista por la ley”, es decir que el ordenamiento jurídico expresamente la prevea, incluso se refiere a los *tasados motivos* que justifican el sacrificio de ese derecho fundamental. Algunos países en Europa se refieren a un listado de delitos en los que se puede dictar la medida, en tanto que la LECRIM (Ley de Enjuiciamiento Criminal) de España se refiere al *quantum de gravamen* de la imputación (art. 503.2). Incluso se descarta la utilización de la medida *para evitar la destrucción de la prueba*. Otro aspecto importante es el de la *necesidad* de la medida de aseguramiento, de manera que *objetivamente se justifique* para obtener el cumplimiento de los fines constitucionales que la legitiman, debiendo adoptar en cualquier otro caso, la alternativa menos gravosa para el derecho fundamental.

“La aplicación del principio de necesidad a la prisión provisional en un sistema democrático, entraña el cumplimiento de dos exigencias constitucionales, cuales son de un lado, su *excepcionalidad*

⁵⁰ GIMENO SENDRA Vicente, *La prisión provisional y derecho a la libertad*. Publicado en PRISION PROVISIONAL, DETENCION PREVENTIVA Y DERECHOS FUNDAMENTALES. Ediciones de Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 1997. p. 141.

⁵¹ GIMENO SENDRA Vicente, en Ob. Cit. p. 143.

conforme a la cual, a diferencia del proceso inquisitivo, *en una sociedad democrática la prisión preventiva nunca puede convertirse en regla general*, sino que ha de adoptarse exclusivamente cuando se cumplan escrupulosamente los fines que la justifiquen (SSTC 41/1982, 32, 34 y 40/1987, 13/1994 y 1289/1995, y, de otro es indispensable también para la adopción de la medida la existencia de una *imputación grave* que haga racionalmente presumir el peligro de fuga.

El cumplimiento del sub principio de *necesidad* exige la justificación objetiva de la prisión provisional, pues, al ocasionar el sacrificio de un derecho tan preciado como lo es el de la libertad, deviene ineludible la obligación judicial de examinar, no solo la concurrencia de los presupuestos materiales que la posibilitan, sino también si existe alguna otra *alternativa menos gravosa* para el derecho a la libertad, que asegurando el cumplimiento de los fines de la prisión provisional, ello, no obstante no supongan el sacrificio de aquel derecho fundamental".⁵²

Como consecuencia lógica del principio material de *necesidad* surge la obligación formal del juez" consistente en efectuar una especial *motivación de la resolución limitativa del derecho fundamental a la libertad* en la que ha de plasmar el *juicio de ponderación* entre los contradictorios derechos e intereses en pugna a fin de justificar en el auto la necesidad de la medida y ello, no sólo para que el imputado pueda conocer las razones justificativas de la restricción de su derecho fundamental, sino también para que pueda ejercitar con eficacia los recursos devolutivos contra aquella resolución en los que el Tribunal 'ad quem' podrá comprobar o no la justificación del acto", como señala el profesor Gimeno Sendra.⁵³

La situación no está libre de discusiones en España, aunque su Constitución a diferencia de la nuestra no estableció un límite para la *caducidad de la prisión preventiva*, reconoce el derecho de todo ciudadano de no ser privado ilegalmente de la libertad, de tener un tiempo máximo de duración de setenta y dos horas para la *detención preventiva* (que es con fines de investigación), y en cuanto a

⁵² Cf. GIMENO SENDRA Vicente, en ob. cit. p. 145-146.

⁵³ Cf. GIMENO SENDRA Vicente, en ob. cit. p. 146.

la prisión provisional (similar a nuestra prisión preventiva), la ley – no la Constitución- debe determinar su plazo máximo de duración. Agregamos a lo dicho que en España, la prisión preventiva se aplica a los delitos que tengan una pena mínima de seis años, en Ecuador a partir del año de pena mínima.

La prisión preventiva como medida cautelar procesal o penal

Un jurista y magistrado español de reconocido prestigio y valía, Perfecto Andrés Ibáñez, señala que la prisión provisional recibe formalmente el tratamiento de medida cautelar de naturaleza personal. Presentada así le correspondería un lugar secundario en el proceso penal como una suerte de instituto de carácter instrumental, que busca asegurar el normal desarrollo del proceso (que se puede paralizar en caso de fuga), y eventualmente garantizar que en un momento posterior cumpla la pena privativa de libertad que pudiere imponérsele.

El profesor Perfecto Andrés Ibáñez, nos advierte del ocultamiento de al menos dos aspectos centrales de la institución. “El primero es que en la práctica de la generalidad de los países y aunque varíen las magnitudes estadísticas y la significación porcentual, la prisión provisional ocupa un lugar de primer orden en la economía real del sistema penal. Ello quiere decir, cuando menos, dos cosas. Que desborda funcionalmente los límites formalmente asignados en esa primera caracterización-marcados en apariencia por las notas de excepcionalidad, provisionalidad y subsidiariedad- por la normalidad de su uso y puesto que no solo cumple fines procesales, sino que su función efectiva aparece dotada de connotaciones sustantivas de penalización inmediata. La respuesta penal a la desviación criminal descansa en una medida significativa sobre la utilización –en general bastante generosa- del instrumento que nos ocupa. En efecto, el tópico, sin duda fundado, de que el proceso tienen una inevitable dimensión penalizadora, ha debido ser revisado, a la luz de los datos de que se dispone, en el sentido sugerido por Nobili: ‘hoy asistimos a un progresivo empobrecimiento de la eficacia de la sanción como momento de restauración del orden violado y a una correspondiente recuperación de la finalidad de prevención

y de intimidación, de manera pronta y ejemplar, dentro del juicio penal...Es el proceso que se convierte en pena, por retomar la recordada expresión carneluttiana'. Y en esta transfiguración la prisión provisional desempeña un papel nuclear.

El segundo aspecto-que sin duda tiene que ver con el anterior- es que la prisión provisional, además de un instrumento tan esencial como sugiere lo que acaba de decirse, es también un problema. Yo diría que *el problema* por antonomasia del proceso penal. Sobre todo del proceso penal de los países que se han dotado de una disciplina constitucional el mismo que gira formalmente en torno al principio de presunción de inocencia".⁵⁴

Resulta difícil conciliar el respeto al *principio de presunción de inocencia* que tiene el rango de garantía constitucional, con la privación de la libertad de un ciudadano que es inocente. Siendo cierto que la prisión provisional o preventiva no es una pena, dado que el presupuesto de procedencia de esta es la existencia de un proceso penal en el que se haya dictado legalmente una condena.

Después de algún tiempo de tratar de encontrar justificaciones a la prisión preventiva o provisional, empiezo a reconocer que es verdad que tiene un carácter instrumental y simbólico, pues en países periféricos como Ecuador ha venido funcionando como una suerte de pena anticipada, cumpliendo el rol de ser medida cautelar y con una *función especial preventiva*, dirigida al propio sujeto que está privado de la libertad, admitiendo por nuestra parte que no debe ser ni es esa su finalidad. Pienso que además cumple una *función general preventiva*, dirigida a los demás miembros de una comunidad que deben mirar con temor lo que les puede suceder ante la eventualidad de la comisión de un delito.

Lo anterior nos lleva a pensar que la prisión preventiva llega a producir una asimilación de la categoría del imputado con la del condenado, tanto más si la medida cautelar termina por cumplir funciones específicas de la pena. Esto se da porque al justiciable se le imputa una calidad de peligrosidad para legitimar la prisión

54 ANDRÉS IBÁÑEZ Perfecto, *El juez y la prisión provisional, Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (Estudios; 91), Cuenca, 2003. p. 15-16.

con *fines de prevención especial*. Otro tanto ocurre cuando se dispone la prisión preventiva con la finalidad de evitar la reiteración de otros actos delictivos de gravedad similar al que motiva la Prisión. Recordemos que desde la política criminal se pretende legitimar la prisión provisional o preventiva para asegurar el cumplimiento de la pena que a futuro podría imponérsele.

El profesor Luigi Ferrajoli⁵⁵ es el autor que ha llevado hasta sus últimas consecuencias la crítica de la prisión provisional, como resultado de una profundización de la inconsistencia lógica y también técnico-jurídica de los argumentos habitualmente empleados para su justificación y del análisis de la forma en que un *statu quo* procesal consolidado *de facto*, en gran medida, al margen del derecho, se ofrece racionalizado a posteriori a través de un proceso argumental que tiene como sustento una clara petición de principio.

Aunque suene como una quimera, Ferrajoli propone un *proceso penal sin prisión provisional* convencido de que es un instituto ilegítimo que resulta idóneo para provocar el desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales. Por nuestra parte agregamos, que el abuso institucionalizado con la prisión preventiva tratará de ser luego legitimado con una injusta condena.

Aunque lo hemos manifestado en otro espacio, reiteramos nuestra posición de que el imputado debe ser advertido, de que en la audiencia de *intimación de cargos* o de formulación de cargos (Art. 217) el fiscal va a solicitar medidas cautelares personales o reales a efectos de que pueda preparar sus argumentos de defensa. Si no es advertido de que se va a discutir la procedencia de una medida de aseguramiento se lo dejaría en situación de indefensión, en flagrante violación del Art. 76 de la Constitución, n. 7, letras a) y b), que consagra la inviolabilidad del derecho de defensa, que implica contar con el tiempo para prepararla; tal y como lo señala igualmente el Art. 8 del Pacto de San José o Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, que resultaría igualmente violada si no se previene al imputado de que se va a solicitar la prisión preventiva en la audiencia de formulación de cargos. Esta violación

55 Cf. FERRAJOLI Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantanero Brandes, Trotta, Madrid, 1995, p. 549 y ss.

constitucional invalida la pretensión no advertida de la fiscalía, y torna improcedente un requerimiento no puesto en conocimiento previo del imputado.

La prisión preventiva en el derecho procesal penal alemán

No está libre de discusiones la *necesidad por razones de política criminal* de acudir a la prisión preventiva en el sistema procesal penal alemán, y al referirse al *fin y significado de la prisión preventiva*, el Catedrático Emérito de la Universidad de Munich, Claus ROXIN, expresa, “I. La prisión preventiva en el proceso penal es la privación de la libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena. Ella sirve a tres objetivos: 1. Pretende asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal. 2. Pretende garantizar una *investigación de los hechos*, en debida forma, por los órganos de la *persecución penal*. 3. Pretende asegurar la *ejecución penal*.”

II. Entre las medidas que aseguran el procedimiento, la prisión preventiva es la injerencia más grave en la libertad; por otra parte, ella es indispensable en algunos casos para una administración de justicia penal eficiente.

El orden interno de un Estado se rebela en el modo en que está regulada esta situación de conflicto: los estados totalitarios, bajo la antítesis errónea Estado-ciudadano, exagerarán fácilmente la importancia del interés estatal en la realización, lo más eficaz posible, del procedimiento penal. En un Estado de Derecho, en cambio, la regulación de esa situación de conflicto no es determinada a través de la antítesis Estado-ciudadano; el Estado mismo está obligado por ambos fines-aseguramiento del orden a través de la persecución penal y protección de la esfera de libertad del ciudadano.

III. Con ello, el principio constitucional de proporcionalidad, exige restringir la medida y los límites de la prisión preventiva a lo estrictamente necesario”.⁵⁶

⁵⁶ ROXIN Claus, *Derecho procesal penal*, Traducción de la 25 a edición alemana de Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires-2003, p. 257-258.

El Profesor Roxin se refiere a lo que denomina *motivos apócrifos de detención* que tiene como finalidades, fomentar la predisposición para cooperar, para facilitar las investigaciones, para intervenir en casos de crisis, por presión de la opinión pública, como concesión a las autoridades encargadas de la investigación.

El principio de oportunidad en el proceso penal

Hemos venido defendiendo la conveniencia de institucionalizar el llamado *principio de oportunidad* en sede del Ministerio Público o Fiscalía General. En Ecuador es una realidad desde la Constitución de Montecristi del 2008, aprobada en *referéndum* del 28 de septiembre⁵⁷. Debemos recordar que es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General del Estado, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías.

Esta propuesta responde a una racional comprensión de lo que es la *política criminal*, pues en una vertiente garantista esta debe ser admitida como el conjunto de respuestas que un Estado considera necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social, con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los ciudadanos sometidos a su jurisdicción.

La política criminal puede ser articulada por el Legislador a través de la expedición de normas, debiendo admitir que la legislación penal es manifestación concreta de la política criminal del Estado. En un momento histórico la decisión política que determina los objetivos del sistema penal, así como la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se puede plasmar en el texto de la propia Constitución y en las leyes penales subalternas.

El sistema procesal regido por el principio de legalidad, que ha

⁵⁷ R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

estado vigente en Ecuador hasta la Constitución del 2008, es aquel en el que necesariamente un procedimiento penal debe incoarse ante la sospecha de comisión de cualquier hecho delictivo, sin que el Ministerio Fiscal pueda instar el sobreseimiento, mientras subsistan los presupuestos que lo han originado y además, se haya descubierto a un presunto autor, es decir, exista un imputado en la causa. Característica del principio de legalidad es la irretractabilidad, irrenunciabilidad y obligatoriedad del ejercicio de la acción penal. El Estado le expropia a la víctima el derecho al reclamo, y le impide renunciar al ejercicio de tal derecho, que es indisponible.

Un sistema procesal regido por el *principio de oportunidad*, indica que los titulares de la acción penal están autorizados, si se cumplen los presupuestos previstos por la norma, a ejercitarla, incoando el procedimiento o facilitando su sobreseimiento.

Para Gimeno Sendra, el principio de oportunidad significa “la facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado.”⁵⁸

El principio de oportunidad, es la respuesta lógica a las limitaciones que tiene el sistema penal y la administración de justicia penal, para dar soluciones adecuadas a todos los reclamos que son puestos en su conocimiento. Hay en verdad una falta de medios para cumplir con tales objetivos, y se pretende una mejor salida con aquello que es destacado como un derecho penal (o sistema penal) de última ratio o de *extrema ratio*. A lo dicho agregamos razones de utilidad pública o interés social.

Este principio ha sido cuestionado por quienes lo aprecian como expresión de la arbitrariedad de aquel que aplica la ley, pues se ha llegado a afirmar que la instauración del *principio de oportunidad* podría conculcar el principio de igualdad, reconocido en la Constitución Política de la República, ya que la sanción penal prevista por la norma ha de ser aplicada por igual a todos los

⁵⁸ GIMENO SENDRA/MORENO CATENA/CORTES DOMINGUEZ, *Derecho Procesal. Proceso penal*. Tirant Lo Blach. Valencia, 1993, p. 56.

ciudadanos ante la comisión de los mismos hechos delictivos.

Este principio se justifica en Alemania, en que se pueden acordar sobreseimientos con base en la escasa lesión social producida por la comisión de un delito, y ello por *la falta en el interés público de la persecución penal*. Así pues los arts.153 y 154 StPO (*Strafprozeßordnung*) introducen el *principio de oportunidad* de forma reglada, al posibilitar, según los casos previstos por la norma, el sobreseimiento por razones de oportunidad (no persecución de asuntos de poca importancia, archivo del asunto en el caso de cumplimiento de determinadas condiciones, abstención de la persecución de hechos punibles accesorios no esenciales, etc.), y ello a pesar de que su actuación está sujeta al principio de legalidad, ya que con la reforma de 9 de diciembre de 1974 ,(gran reforma del proceso penal), el MF ostenta el monopolio de la acción penal, sin que sea posible el ejercicio de la acusación particular ni la acción popular, aunque la víctima podrá adherirse a la acción formulada por el MF.

Ello produce una gran descongestión judicial, al eliminar, en gran medida, infracciones menores o faltas que, por ejemplo, en España, suelen terminar con una suspensión de la ejecución de las penas impuestas. En Alemania, el MF goza de tales potestades y funciones con base en una absoluta confianza jurídico-política en la institución, a pesar de que depende del Poder ejecutivo y está estructurado bajo los principios de unidad y jerarquía, como ocurre en España.

En Italia, en principio, y para *evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad*, se instauró el denominado *pateggiamento*, recogido en el actual art.444 del CPPI (Codice de Procedura Penale) de 22 de septiembre de 1988, introducido por Ley de 24/11/1981, mediante el cual, si el imputado no reincidente lo solicitaba, el juez, previo acuerdo del MF, podía aplicar alguna pena sustitutiva (semi-prisión, multa) a la de privación de libertad, extendiéndose con la nueva regulación a aquellos supuestos de criminalidad medio-graves, siendo aplicable por tanto, a la mayor parte de los procedimientos penales. De esta forma, la solicitud puede provenir tanto del imputado como del MF, conjuntamente o bien

de uno con el consentimiento del otro (*richiesta*), determinándose la naturaleza y la duración de la sanción a aplicar, y que podrán ser: libertad controlada o semidetención (sanciones sustitutivas); penas pecuniarias; y penas privativas de libertad, aunque estas últimas están limitadas, de forma que, disminuidas hasta en un tercio, no deben superar los dos años de prisión o de arresto. Al igual que en Alemania, el MF monopoliza el ejercicio de la acción penal, sujeto al principio de legalidad, si bien su estructura orgánica está ubicada en el marco de la Magistratura, independiente del Poder ejecutivo, con autonomía de cualquier otro poder y sin que rijan los principios de jerarquía y de unidad de actuación.

Por los mismos motivos, en ciertos Estados de EEUU, existe el denominado *plea-bargaining*, que se utiliza para evitar que jóvenes delincuentes se conviertan, tras su estancia en prisión, en más peligrosos, por lo que el MF, tras recabar los oportunos dictámenes, puede llegar a solicitar el sobreseimiento, si bien de manera generalizada en aquel país, supone un proceso de negociación que conlleva discusiones entre la acusación y la defensa en orden a obtener un acuerdo por el cual el acusado se declarará culpable, evitando así la celebración del juicio, a cambio de una reducción en los cargos o de una recomendación por parte del propio MF.

Por la *existencia de un interés contrapuesto al de la persecución y de mayor peso que éste*. Así pues, volviendo a Alemania, son significativos, recogidos en los artículos antes citados: intereses de índole política, arrepentimiento activo en caso de delito contra la seguridad del Estado, coacción o chantaje, o prejudicialidad civil o administrativa cuando no se haya resuelto en el plazo fijado.

La doctrina Española no ha coincidido inicialmente en la introducción del principio de oportunidad en su ordenamiento, por la presencia de una opinión tradicionalmente defensora a toda costa del sometimiento al principio de legalidad, derivada básicamente del tenor de los preceptos aplicables a su ordenamiento procesal penal (Gómez Orbaneja, Aguilera de Paz, Serra Domínguez), pero desde hace ya bastantes años y en coincidencia con la tendencia europea antes indicada, han empezado a surgir partidarios de la

instauración de dicho principio (Gimeno Sendra, González Cuellar, Conde Pumpido Ferreiro).

Los primeros consideran que no cabe acoger el referido principio por entender vigente de forma estricta el principio de legalidad, mientras que los segundos, lo admiten, por una parte, porque, sin necesidad de grandes transformaciones en el ordenamiento procesal vigente, entienden como integrante del propio principio de legalidad a aquel, por cuanto sería la propia ley la que señalara las reglas a que debe quedar sometida una actividad discrecional en ese sentido; o por considerar la compatibilidad de ambos principios si se valorara la indispensable e inaplazable celeridad de la justicia penal basada en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas o por motivos de interés público.

Se ha señalado la dificultad que constitucional y procesalmente supone la introducción de la oportunidad en nuestro sistema procesal penal, a pesar de reconocer la necesidad de adoptar medidas para conseguir una descarga de la administración de justicia y de la posibilidad de articular mecanismos próximos a la oportunidad para la llamada criminalidad *bagatelaria*, es decir, para los hechos cuya reprochabilidad es escasa y cuyo bien jurídico protegido se entiende de menor relevancia.

Así pues, de entrada, se argumentó por parte de la doctrina que no sería necesaria la introducción del *principio de oportunidad* por motivos de una sobrecarga de trabajo de los órganos judiciales penales, ya que con aumentar los medios al servicio de la administración de justicia se podría solucionar el problema, manteniendo el principio de legalidad, y evitando de esta forma un cambio importante, no exento de peligros, de nuestro ordenamiento.

Por otra parte, con base en el mismo motivo, se argumentó que debían otorgarse por ley al MF, una serie de facultades (con o sin aprobación judicial) para que rechace la persecución de hechos delictivos, legalmente determinados, que se consideren de escasa relevancia o reprochabilidad social.

Algunas propuestas previas

En nuestros primeros apuntes o aproximaciones criminológicas, (Temas de Criminología)⁵⁹, denunciábamos el abuso institucionalizado con la prisión preventiva que se había convertido en una forma de condena anticipada, acudiendo a argumentos de peligrosidad, aumento de criminalidad, de temibilidad del delincuente, etc., con lo cual “la garantía de la libertad personal se vulnera con facilidad mediante la facultad arbitraria de detención que se concede a la institución policial o a otra instancia de control”. Habíamos afirmado también, “desde la óptica de los derechos humanos es válido afirmar que un proceso penal prolongado, que en los países de la periferia capitalista, implica también una prolongada privación de la libertad sin condena a firme, representa una vulneración al estado de inocencia, al principio de la legalidad de la condena que tiene como antecedente la legalidad de la prueba dentro del debido proceso. Es importante destacar que se trata de una inversión de los principios básicos del proceso penal respetuoso de la dignidad humana: ante el mero indicio (y a veces ante sola sospecha) se hace sentir la pena (en sentido puramente retributivo o de mera producción del dolor), para luego determinar la culpabilidad”.

En las denominadas *consideraciones finales*, habíamos expresado la necesidad de discutir una política alternativa, al sistema penal, mismas que compendiábamos así:

a.- Una reducción del radio de acción del sistema penal. b.- La limitación al máximo de la utilización de las medidas restrictivas del derecho a la libertad. c.- La tutela efectiva idónea de las garantías individuales frente a la violación sistemática que se objetiviza con el irrespeto a los derechos humanos. d.- La democratización y humanización del sistema penal.

Hemos abogado por la despenalización, la descriminalización, y la desjudicialización, suprimiendo la tutela penal del delito de giro de cheque sin provisión de fondos. En otros delitos, la posibilidad extrapenal de la compensación, la remisión del ofendido, el pago de

59 ZAMBRANO Alfonso, *Temas de Criminología*, Offset Graba, 1986, p. 87-108.

perjuicios, para extinguir la pretensión punitiva, cuando se trata de tipos de delitos contra la propiedad generados por fraude, ardid o abuso de confianza⁶⁰. Insistimos en la utilización excepcional de la privación de la libertad como un recurso extremo o de *ultima ratio*, o de *extrema ratio*, como expresara el jurista y amigo Juan Bustos Ramírez, vale decir en casos de extrema necesidad y tomando en consideración la gravedad del bien jurídico afectado. Como lo que parecía una novedad sugerimos que se establezcan plazos para la duración de la prisión preventiva, plazos que debían ser improrrogables.⁶¹

Posteriormente en otra de nuestras publicaciones⁶² nos referimos al *Proyecto Alternativo* del Prof. Claus Roxin⁶³ presentado en Alemania para el año 1973, así como a la *Política Criminal Alternativa* como propuesta del profesor y también amigo, don Alessandro Baratta.⁶⁴

Con respecto a la *caducidad de la prisión preventiva* nos pronunciamos en otra publicación⁶⁵ al igual que a lo que llamamos *límites a la prisión preventiva*, así como a la *eximición de prisión por comparecencia*, a la *apelación de la prisión preventiva*, y a la *sustitución de la prisión preventiva*. Sin duda en casos límite por la gravedad del delito lo que conlleva el riesgo cierto o inminente de fuga, la calidad de los imputados, antecedentes de fuga, el ocultamiento de domicilio, crimen organizado., etc.

En el año 2005 hicimos otros señalamientos con referencia al *principio de oportunidad*, indicando⁶⁶, que:

El Ministerio Fiscal no podía disponer de la acción penal en el Código de Procedimiento Penal del 2000. Como sabemos, la

60 ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Temas de Criminología* p. 104.

61 ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Temas de Criminología*, p. 105.

62 ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL, *Temas de Derecho Penal y Criminología*, Offset Graba, 1988, p. 30 y siguientes.

63 ROXIN Claus, *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*. "El desarrollo de la Política Criminal desde el Proyecto Alternativo". Temis, 1982. P. 5-26.

64 ALESSANDRO BARATTA Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*. Siglo XII, 1986. P. 209.

65 ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL, *Temas de Ciencias Penales*, Offset Graba, 1996, p. 79-109.

66 ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL, *Proceso Penal y Garantías Constitucionales*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2005. p. 31-32.

disponibilidad de la acción penal bien puede ocurrir mediante una aplicación racional e inteligente del *principio de oportunidad*, como estaba previsto en el anteproyecto de Código de Procedimiento Penal del año 1992 elaborado por la Corte Suprema de Justicia de Ecuador. En el artículo 34 estaba prevista la discrecionalidad del ejercicio de la acción penal, y en el artículo 35, sus efectos que se traducían en la extinción del proceso a favor del imputado en cuyo favor se decide.

Hoy ya es una realidad el *principio de oportunidad* y de *mínima intervención penal* en sede de la fiscalía ecuatoriana, una utilización racional de tales principios debe permitir encontrar salidas alternativas al sistema penal, y un mejoramiento de la eficiencia operativa de la fiscalía. El *principio de oportunidad* se consolida con las reformas al Código de Procedimiento Penal del 24 de marzo del 2009 publicadas en RO-S- 555, pero se encuentra limitado por un máximo de pena (hasta cinco años), que no comprometa gravemente el interés público y no implique vulneración a los intereses del Estado. No es renunciable el ejercicio de la acción penal, cuando se trata de delitos de violencia sexual, violencia intrafamiliar o delitos de odio. Frente al incremento de la delincuencia organizada incluso la transnacional, el *principio de oportunidad* puede ser una buena herramienta de lucha contra la delincuencia organizada desde un moderno planteamiento de la política criminal. Este es un espacio por desarrollar en nuestro país. El *principio de mínima intervención penal* no debe significar impunidad sino la *contracción al máximo* del sistema penal, y su utilización como recurso extremo y a falta de otras respuestas.

Principio de mínima intervención penal y derecho penal mínimo

El Derecho Penal es un derecho de mínimos, que debe intervenir allí donde no haya más remedio, cuando la ausencia de alternativas sancionatorias más eficaces se revele como la única respuesta posible frente a conductas reprobables que afecten a los bienes jurídicos más preciados.

Todo esto, en un momento en que más que nunca se habla de

negociación, crisis del Derecho Penal, fracaso de la pena y resocialización. Estamos convencidos de que la pena es una de las más viejas instituciones de la humanidad y que ha acompañado al hombre desde el comienzo de su existencia. Sin embargo también compartimos la idea de que la *historia del Derecho Penal no es la historia de su desaparición, sino la historia de su racionalización y sometimiento a límites*. Por ello tiene sentido reconocer que el sistema penal debe servir como un mecanismo de contención para evitar un ejercicio abusivo del poder punitivo.

Principio de proporcionalidad

La jurisprudencia y la doctrina penal, venían reconociendo la idea de la *proporción*, en su sentido más estricto, como una característica irrenunciable de la pena, en la década de los noventa del siglo XX comienzan a ofrecer una formulación más elaborada de lo que implica el concepto de la actuación pública proporcionada, en la que se tienen presentes el conjunto de rasgos del Derecho penal actual que lo han ido definiendo como un *Derecho preventivo, mínimo, fragmentario y subsidiario*.

Pero, las nuevas perspectivas de lo que significa ese concepto, en su sentido más amplio, al mismo tiempo que enriquecen el debate doctrinal sobre lo que implica hoy la idea de *proporcionalidad* ha favorecido cierta confusión terminológica. Hace muchos años que discutimos lo que implica la caracterización de la idea de *proporcionalidad* como principio definidor de lo que ha de ser la intervención penal, menos analizado lo que es el significado del principio en cuanto a su concepto, su ámbito de aplicación, su contenido y los criterios que definen la idea de *proporción*, hemos estudiado lo que se conoce como *relatividad del principio*, la distinción entre proporcionalidad abstracta y concreta, la proyección del principio en la teoría del delito y la vinculación de lo proporcionado tanto a los fines a que aspira el Derecho penal como a la gravedad del hecho que obliga a prever o imponer la pena de la que se quiere predicar su proporción, finalizando con una atención más específica a lo que implica la exigencia de proporcionalidad concreta en el proceso individualizador de la pena.

Principio de proporcionalidad, de mínima intervención penal, y ley penal. Control de constitucionalidad de las leyes penales

Hay que abordar la problemática del control de constitucionalidad de las leyes penales desde sus principales enfoques jurídicos: la Teoría del derecho, la Teoría de los derechos fundamentales y el Derecho penal. A mayor abundamiento, podemos estructurarla en tres partes: la primera de ellas pone de manifiesto la consolidación del *principio de proporcionalidad* como herramienta argumentativa de control constitucional de las leyes; la segunda aborda el tratamiento otorgado a dicho principio por la doctrina penal; y la tercera, desarrolla la aplicación del juicio de proporcionalidad y de mínima intervención penal, en el control de constitucionalidad de las leyes penales desde la perspectiva de “prohibición de exceso”.

Hay que tomar las herramientas suministradas por la teoría de los derechos fundamentales y la teoría de la argumentación jurídica del profesor Robert Alexy para desarrollar su propuesta de modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales, que se articula en torno a tres elementos: una teoría acerca de la estructura normativa de los derechos fundamentales –asentada en mandatos de optimización–; una teoría amplia acerca del contenido protegido por tales derechos y otra externa acerca de sus límites; y finalmente, el desarrollo de una *estructura argumentativa* a través del *principio de proporcionalidad* y de *mínima intervención penal*, destinado a establecer el contenido definitivo protegido por los derechos fundamentales.

Debemos tomar como referencia, la utilización del *principio de proporcionalidad* como herramienta argumentativa en el control de constitucionalidad de las leyes penales: a partir de una concepción de la constitución como un *orden marco* o abierto, el *juicio de proporcionalidad* resulta un mecanismo idóneo para hacer frente a la tensión entre democracia y derecho que subyace de los estados constitucionales. En este sentido, debemos destacar el tremendo esfuerzo que se realiza para establecer unos criterios de diferenciación entre la validez –la pertenencia a un mundo constitucionalmente posible– y la legitimación externa de la ley penal, criterios que deben servir como presupuestos a los *límites del juicio de constitucionalidad*.

Así, el *principio de proporcionalidad* y de *mínima intervención penal*, ofrece una estructura argumentativa allí donde existen varias alternativas de interpretación, mediante un procedimiento que permite tomar todos los argumentos materiales a favor y en contra de la *norma adscrita*, que servirá como premisa mayor del juicio de constitucionalidad.

Tomando un concepto amplio del *principio de proporcionalidad* y de *mínima intervención penal*, hay que articular su aplicación en el juicio de constitucionalidad en cinco etapas: Las dos primeras (adscripción *prima facie* a una disposición de derecho fundamental y examen de la legitimidad del fin perseguido por la actividad legislativa) permiten entablar la colisión entre razones normativas *prima facie* en contra y a favor de la norma enjuiciada; y las tres fases restantes constituyen la aplicación del *principio de proporcionalidad* propiamente tal (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

Ponemos de manifiesto que el *principio de proporcionalidad* permite el establecimiento de distintos grados de intensidad en el control de constitucionalidad. Justamente, en los casos de *control intenso* la competencia del legislador decrece y, en consecuencia, se amplía la competencia revisora del Tribunal Constitucional, o la Corte Constitucional. Este tipo de control encuentra su natural ámbito de aplicación en el derecho penal, puesto que supone la intervención estatal más intensa en los derechos fundamentales y donde menos seguras son las premisas empíricas que avalan su idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad.

Otro aspecto que debemos destacar es la función sistematizadora del *principio de proporcionalidad* (en sentido amplio) de los principales límites materiales al poder punitivo desde hace tiempo forjado por la cultura jurídica penal. Así, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos se encuadra dentro de las razones normativas *prima facie* en contra o favor de una intervención penal legislativa, el principio de lesividad de la conducta en el sub principio de idoneidad, y el principio de intervención mínima en el sub principio de necesidad.

No obstante, esta concepción del *principio de proporcionalidad* suscita roces con el legislador. Así, la inclusión del principio de correspondencia con la realidad en el *juicio de constitucionalidad* a través del sub principio idoneidad supone una de las propuestas más problemáticas de la presente reflexión: el *juicio de idoneidad* debe abordar, entre otras cuestiones, el espinoso problema de la eficacia del derecho penal para cumplir su finalidad preventiva. Ahora bien, a pesar de la tensión que produce la inclusión de elementos fácticos en el juicio de constitucionalidad, una concepción material y garantista de la constitución reclama un criterio de interpretación que exija “un mayor grado de certeza a las premisas que sustentan la medida legislativa cuanto más intensa es la intervención en derechos fundamentales”.

Quizá una nueva perspectiva que podría añadirse es el estudio del control de constitucionalidad desde los presupuestos de las *teorías negativas de la pena*. Así, el Tribunal Constitucional, o la Corte Constitucional, formaría parte de aquellas *agencias judiciales* que no tendrían como finalidad validar unos fines que en buena medida son desconocidos y los conocidos son altamente complejos y mutables y a veces delictivos. *Desde esta concepción de los fines de la pena, las leyes penales constituyen una vulneración a los derechos fundamentales que no repara, ni restituye, ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes.*

Así, y extrapolando la propuesta del Prof. Zaffaroni y sus colaboradores, *el control de constitucionalidad de las leyes penales no tendría por tarea verificar la constitucionalidad del poder punitivo sino directamente limitar y contenerlo.* De esta manera, lo que se exige al Tribunal Constitucional, o la Corte Constitucional a través de sus fallos es ampliar su *poder decisorio* dentro de lo constitucionalmente posible, y en especial, respecto de los límites y principios penales materiales.⁶⁷

Conclusiones.-

1.- No es necesaria una reforma constitucional para normar el

67 ZAFFARONI Raúl, Alagia, Slokar Alejandro, *Derecho penal. Parte General*, Buenos Aires, Argentina, 2002, pp. 37-54.

plazo de la caducidad de la prisión preventiva. En la práctica de la justicia penal ecuatoriana lo que ha sucedido es un abuso con la garantía constitucional que consagró la caducidad de la prisión preventiva, misma que si es aplicada con criterio de racionalidad tomando en cuenta el derecho a la seguridad de todos los ciudadanos y el interés superior de las víctimas, debe ser negada en todos aquellos casos en que la caducidad se produce por una demora deliberada o propiciada dolosamente por el justiciable que utiliza mecanismos con la inequívoca intención de producir la caducidad.

- 2.- En abono de que no se requiere de ninguna reforma constitucional con respecto a la caducidad de la prisión preventiva, recordamos que uno de los principios que prevé la Constitución del 2008 es el de la lealtad procesal, y existe una Ley interpretativa 2007-91, publicada en el RO- 2S 194 del 19 de octubre del 2007, sí como la reforma al Art. 169 contemplada en la Ley 2007-94, publicada en el RO-S 203 del 1 de noviembre del 2007, que sancionan precisamente la deslealtad procesal. Hoy que vivimos con euforia el proceso del neoconstitucionalismo hay que aplicar racional y adecuadamente el *principio o ley de la ponderación* del profesor Robert Alexy de la Escuela de Kiel, que nos conduce a la *aplicación del principio superior en función del interés preponderante*.
- 3.- Con respecto a la caducidad de la prisión preventiva, no ha existido una respuesta racional cuando la demora ha sido propiciada por una conducta desleal del propio justiciable, pues se ha ignorado lo que dice la Constitución en el Art. 174 en su segundo inciso: “La mala fe procesal, el litigio malicioso o temerario, la generación de obstáculos o dilación procesal, serán sancionados de acuerdo con la ley” Siendo el Ecuador un Estado constitucional de derechos y justicia (Art. 1), y existiendo el *principio constitucional que sanciona la generación de obstáculos o dilación procesal*, esto es suficiente para que se niegue el derecho a la caducidad de la prisión preventiva cuando la mora la propicia el mismo justiciable. Esto es aplicar correctamente el *principio constitucional* y si fuese del caso

la *ley de la ponderación*. Hoy no hay discusión alguna porque existe inclusive la reforma de la ley procesal penal mencionada *up supra*.

- 4.- En los casos en que la malicia o temeridad de quien litiga, los actos procesales dilatorios e inclusive la proposición de recursos tienen el propósito deliberado de entabrar la normal marcha procesal, no debiera funcionar la caducidad de la prisión preventiva por el sólo vencimiento del plazo. Hace mucho tiempo hemos sostenido que nadie debe beneficiarse de su propio dolo, pues resulta ilegítimo que si la conducta dilatoria proviene del propio imputado o de su defensa, agotado el plazo se lo *premie con la caducidad de la prisión preventiva*.
- 5.- En Ecuador en más de una ocasión se ha producido la sanción inclusive de destitución del juez o magistrado por la caducidad de la prisión preventiva, originada en la conducta obstruccionista del imputado o de su defensa, mediante recusaciones por ejemplo. Nos parece sin duda que en estos casos ha sido injusta tal medida adoptada por el Consejo de la Judicatura, pues no es por la negligencia o connivencia del juez que se ha producido la caducidad!
- 6.- Como se ha consignado en la doctrina y jurisprudencia española, una actividad de la defensa obstruccionista, consistente en plantear recursos o incidentes innecesarios o dolosos, dirigidos exclusivamente a obtener la indebida puesta en libertad del imputado como consecuencia del cumplimiento de los plazos de la prisión provisional, se manifiesta “contraria a la obligación constitucional (de las partes) de colaboración con jueces y tribunales en orden a obtener una rápida y eficaz actuación de la justicia que no puede merecer el amparo de la Constitución” (STC 206/1991). Para el caso ecuatoriano invocamos el principio constitucional de la lealtad procesal con la que deben litigar las partes que debe deducirse del Art. 174 de la Constitución, ya mencionado, que forma parte de los principios de la función judicial.

- 7.- Existe más de un referente normativo supranacional con respecto al plazo razonable, cuya redacción proviene del Art. 6.1 del Convenio Europeo sobre Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (CEDH), firmado en la ciudad de Roma en 1950, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 de NN.UU. Art. 9 n. 3., y del Art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), firmada en San José de Costa Rica en 1969.

En la erudita opinión de Daniel R. Pastor: “Algunos catálogos de derechos fundamentales recurren a otra fórmula, el derecho del imputado a ser juzgado sin dilaciones indebidas o injustificadas (así el art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (DADDH), de Bogotá 1948, el art. 14.3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), de 1966 y la Constitución española de 1978, art. 24.2. Asimismo en la Enmienda 6ta de la Constitución de EE.UU. se otorga el derecho a un ‘juicio rápido’ y la Corte Suprema argentina ha señalado que la Constitución Nacional contiene, implícitamente y como derivación del principio de inocencia, el derecho del imputado a obtener un pronunciamiento definitivo del modo más rápido, sobre su situación frente a la ley penal”.⁶⁸

- 8.- El *sistema penal* debe reaccionar no frente a los *delitos de bagatela* o de menor cuantía sino frente a los casos más graves, ese si es un *uso racional del derecho*. Y, en delitos graves no proceden por razones de política criminal aplicar criterios de excarcelación a pretexto de defender un sistema de garantías constitucionales. Es cierto que existe el *principio pro libertatis* pero frente a éste existe el *principio pro ciudadano* o *pro homine* (Art. 427 de la Constitución vigente).

- 9.- Si existe un conflicto de intereses o principios, se debe acudir a un buen uso de la *ponderación* del Prof. Robert Alexy de la Universidad de Kiel, que tiene su fundamento en el *principio*

68 PASTOR Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*. Ad-Hoc. Buenos Aires, 1ra. Edición, 2002, p. 47-48.

de la proporcionalidad, pues si en un proceso penal un juez de garantías debe o no aplicar los sustitutivos de la prisión preventiva, debe ponderar el *principio que garantiza el derecho a la libertad* frente al *derecho de la víctima y de la sociedad*, que exige un actuar frente a la criminalidad de mayor costo social. Si esto no se cumple, se incurre en un *uso irracional y abusivo del derecho*.

- 10.-Resulta ilegítimo e inconstitucional que se sustituya la prisión preventiva por una medida menos gravosa, en el momento en que se dicta el llamamiento a juicio, pues en este momento procesal es indiscutible la necesidad de la medida de aseguramiento personal por lo menos en los casos de delitos graves comentados *up supra*, pues el riesgo de fuga (no presentación) es cierto ante la inminencia de la eventual condena que se podría producir luego de la audiencia del juicio.

Es razonable entonces sostener la necesidad de la prisión preventiva para *garantizar la comparecencia en el proceso*, como señala el Art. 77 n. 1 de la Constitución vigente.

- 11.-Si una de las razones de política criminal del aseguramiento personal que prevé la Constitución del 2008 es *asegurar el cumplimiento de la pena*, cuando procede el llamamiento a juicio, la única manera de asegurar su eventual cumplimiento es manteniendo la medida cautelar dictada. Si se dispone la medida acudiendo a un sustitutivo se incurre en un ejercicio abusivo de la garantía constitucional.
- 12.-Si se trata de delitos de *menor cuantía* por su escasa lesividad, tomando en cuenta el monto de la pena, el sustitutivo sin duda es menos gravoso que la privación de la libertad y debe optarse constitucional y procesalmente por el sustitutivo.
- 13.-El *principio de oportunidad* es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General - no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal-, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal.

- 14.-**El *principio de mínima intervención* penal no debe significar impunidad sino la *contracción al máximo* del sistema penal, y su utilización como recurso extremo y a falta de otras respuestas.

Capítulo 3

CASO KIMEL VS. ARGENTINA

Una colisión de principios y utilización del test o *principio de ponderación*

Introducción

El caso *Kimel vs. Argentina* resuelto mediante sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 2 de mayo del 2008 es un caso emblemático que nos permite conocer de manera cierta y objetiva la importancia del sistema interamericano de DD.HH como mecanismo protector de los derechos humanos en nuestra región. Más allá del examen de las excepciones preliminares, del fondo de la sentencia, de las reparaciones así como de la interpretación que nos merece la sentencia tanto por el fondo como por la forma, buscamos algunas aproximaciones para apreciar como resuelve la Corte IDH una evidente colisión de principios previsto en la propia Convención Americana de Derechos Humanos (1969) o Pacto de San José entre el derecho, en el Art. 13 que reconoce el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión vs. el derecho a la protección a la honra y dignidad que prevé el Art. 11. No nos quepa duda que la Corte IDH recurre al test de ponderación que los hemos estudiado en los trabajos del Prof. Roberto Alexy de la Universidad de Kiel (Alemania) o en los del Prof. Carlos Bernal Pulido de la Universidad Externado de Bogotá (Colombia), el mismo que se desarrolla en aplicación del *principio de proporcionalidad* y sus sub principios o test, como los de *idoneidad* y *necesidad* del medio o procedimiento al que se recurre (por ej. La ley y la sanción), la de

examinar si existen otros medios igualmente eficaces, y la aplicación finalmente del *principio de proporcionalidad* propiamente dicho, mediante la *ponderación de los principios*.

Recordemos que se enuncia el principio o ley de la ponderación con la formula que dice:

Cuando mayor fuese el grado de afectación y de insatisfacción o vulneración de un principio, tanto mayor debe ser el nivel del grado de satisfacción del otro.

No pretendemos desconocer la importancia que tiene el derecho a contar con una información veraz u oportuna, como parte de una adecuada convivencia democrática, pero es igualmente importante que se respete objetiva y realmente el derecho a la honra y a la dignidad del ser humano. Ya hemos escuchado en más de una ocasión decir que *no hay derechos absolutos*, y que los funcionarios o personas que se encuentran en el ejercicio de una función pública están más expuestas al escrutinio público que se convierte es una especie de vitrina, y que no puede amparar el respeto a la privacidad por ejemplo actos de corrupción, y esto es igualmente cierto. Pero ningún ciudadano puede perder el derecho a que se respete su honra y dignidad e inclusive su privacidad, ni debe ser víctima de un acto de vilipendio con el argumento de que se trata de una importante investigación periodística. El ejercicio abusivo de malos comunicadores sociales es igualmente cierto.

Por otra parte, si pensamos por un momento en el respeto al *principio de la igualdad* que es además una garantía constitucional, no encontramos razones para que en un momento dado un ciudadano por el hecho circunstancial de encontrarse en el ejercicio de un cargo o función, (juez, magistrado, legislador, ministro de Estado, Presidente de la República, etc.), debe tener una mayor protección penal o *punitiva* por el ejercicio del cargo, pues este *plus* en el monto de la pena desconoce el *principio de la igualdad*, y esto es lo que ocurre con la llamada figura del *desacato* cuya aplicación determina mayor penalidad porque el supuesto ofendido, ejerce una determinada función o tiene un determinado cargo público. Frente al mismo

delito (por ej. Injurias y calumnias) si se trata de una controversia entre particulares no hay este tratamiento punitivo agravado.

Otro tema de interés es destacar que igualmente sería atentatorio al *principio de la igualdad* que se pretenda sostener que porque se trata del ciudadano Presidente o magistrado de justicia o legislador, en razón de estar expuesto a un mayor escrutinio público, debe no solamente ser más tolerante, sino que inclusive resulte impune la conducta de quien lo agravie u ofenda mediante la falsa imputación de un delito (calumnia), o mediante cualquier expresión que dolosamente busque la finalidad del agravio o de la ofensa en contra de su honra o dignidad. Es válido sostener que las opiniones y las investigaciones son importantes en el marco de la transparencia en el ejercicio de la función pública, respetando el derecho a la honra y buena fama, así como a la dignidad y a la intimidad de todos los ciudadanos, independiente del cargo que circunstancialmente se encuentre ejerciendo.

Hay que referirnos no solo al *caso Kimel* sino que hay que recordar otros como el *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, para apreciar las situaciones que se han producido, en el debate por el respeto y consolidación de la *libertad de pensamiento y de expresión*. Aunque las sentencias de la Corte IDH no se dictan en corto tiempo, los logros son formidables como apreciaremos. Igualmente quedará para el debate el carácter *vinculante de la jurisprudencia* de la Corte, y el cumplimiento o no del llamado *control de convencionalidad*.

La jurisprudencia de otros Tribunales se ha encaminado a promover, con racionalidad y equilibrio, la protección que merecen los derechos en aparente pugna, sin mellar las garantías que requiere la libre expresión como baluarte del régimen democrático. En el *Caso Mamere*⁶⁹ la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que “si bien la libertad de expresión tiene un valor preponderante, especialmente en cuestiones de interés público, no puede prevalecer siempre en todos los casos sobre la necesidad de proteger el honor y la reputación, ya sea de personas privadas o de funcionarios públicos”. Asimismo, en el *Caso Castells*⁷⁰ el Tribunal Europeo afirmó

69 Cfr. *Mamere v. France*, no. 12697/03, § 27, ECHR 2006.

70 Cfr. ECHR, *Castells v. Spain*, judgment of 23 April 1992, Series A no. 236, § 46.

que “permanece abierta la posibilidad para las autoridades competentes del Estado de adoptar, en su condición de garantes del orden público, medidas, aún penales, destinadas a reaccionar de manera adecuada y no excesiva frente a imputaciones difamatorias desprovistas de fundamento o formuladas de mala fe”.

En un pronunciamiento de fecha más reciente sostuvo que “la imposición de una pena de prisión por una ofensa difundida en la prensa será compatible con la libertad de expresión de los periodistas tal como está garantizada en el artículo 10 de la Convención sólo en circunstancias excepcionales, especialmente cuando otros derechos fundamentales han sido seriamente afectados, como, por ejemplo, en los casos de discurso del odio o de incitación a la violencia”.⁷¹

Las reflexiones que preceden son parte del debate. Igualmente hay que considerar incluso en el momento de las indemnizaciones lo que significa realmente el *daño emergente* que está relacionado materialmente con el delito o el daño causado, es decir se trata de la afectación inmediata que causa el delito; así como el *lucro cesante* que es lo que deja el afectado o ha dejado de percibir, como consecuencia del delito porque por ejemplo no puede trabajar. La Corte IDH en el caso *Kimel vs. Argentina* y en otros (y esa es su línea jurisprudencial) no aplica el concepto de *daño punitivo* que es más propio del sistema norteamericano en que se imponen millonarias indemnizaciones con las que el afectado incluso busca el enriquecimiento. En el daño punitivo se mira al pago indemnizatorio como un *castigo*. Las indemnizaciones de la Corte IDH son compensatorias o reparatorias, acudiendo generalmente al concepto de la *equidad* para una estimación de sus montos o valores.

Las reparaciones en la óptica del sistema interamericano de derechos humanos, están constituidas por las indemnizaciones que comprende tanto los daños materiales como los inmateriales (la afectación por daño moral), por las garantías de satisfacción, e incluso por las medidas que buscan evitar la repetición de los hechos que son materia de la sanción. Incluso se llega a sostener que la sola sentencia en que se reconoce la afectación de uno o más derechos

⁷¹ Cfr. *Cumpana and Mazare v. Romania* [GC], no. 33348/96, § 115, ECHR 2004-XI.

humanos del reclamante, *per se* constituye una forma de reparación. Y esta puede ser muy variada, pues en ocasiones se acude a publicaciones en medios impresos (periódicos) reconociendo los derechos vulnerados del accionante, puede ser la petición pública de disculpas, el colgamiento de una placa o la construcción de un monumento de desagravio o ponerle el nombre a una calle, etc. En otros momentos inclusive se cumple con las disposiciones de la Corte en la sentencia de borrar registros penales de antecedentes, de dejar sin efecto la sentencia penal, e incluso de reformar o adaptar la legislación interna a la normativa y estándares del sistema interamericano de derechos humanos y/o del derecho internacional de derechos humanos, que en el caso *Kimel vs. Argentina*, determina que en el mismo año 2008 se reforme el Código Penal argentino, suprimiéndose el delito de *desacato* que es descriminalizado, y se suprimen las penas privativas de la libertad en los delitos de *calumnia* y de *injuria* que son sancionados actualmente con penas de multa, mediante la Ley No. 26.551 (publicada el 27/11/2009).

El antecedente de la reforma de la Ley N° 26.551 se remonta a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recaída en el caso “Eduardo Kimel vs. Argentina”⁷² el 2 de mayo de 2008, misma que dijo que es indispensable que el Tribunal ordene al Estado argentino llevar adelante una reforma legal de los delitos de calumnias e injurias, y de las normas del código civil, en tanto el modo en que se encuentran reguladas estas figuras –en virtud de su redacción y falta de precisión- da vía libre para que los tribunales argentinos fallen con criterios discrecionales, fomentando el dictado de numerosas sentencias violatorias de la libertad de expresión... por lo que debe adecuar en un plazo razonable su derecho interno a la Convención, de tal forma que las imprecisiones reconocidas por el Estado se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión⁷³. De este modo, poco tiempo después del fallo, el Estado argentino –siguiendo los lineamientos

72 Eduardo Gabriel Kimel (periodista y escritor argentino), escribió –entre varias obras- el libro “La masacre de San Patricio”, una investigación acerca del asesinato de cinco religiosos ocurrido en 1976, durante la dictadura militar, obra en la que cuestionaba la actuación de los investigadores, en particular la del juez a cuyo cargo estuvo la investigación de los homicidios. Este juez promovió una querrela criminal contra Kimel, quien fue posteriormente condenado por la Sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (con previa intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación) a la pena de un año de prisión y al pago de una multa de 20.000 pesos, por el delito de calumnia.

73 El texto completo de la sentencia se puede leer en nuestra web en www.alfonsozambrano.com

del Tribunal Interamericano-, cumplió formalmente con los compromisos asumidos y adecuó su derecho interno a las exigencias internacionales en la materia a través de la reforma de la ley N° 26.551.

La posibilidad de la terminación anticipada del proceso

El sistema interamericano prevé la posibilidad de la terminación anticipada del proceso y aquí juega un importante rol la actitud del Estado demandado o requerido, en este caso hubo el allanamiento y el compromiso argentino de someterse inclusive el pago indemnizatorio que determinara de manera justa la Corte. Esto reseña el fallo:

“En cuanto a las reparaciones solicitadas, el Estado manifestó que “comparte con la [C]omisión y con los [representantes] el derecho que le asiste al señor Kimel a una reparación integral”; hizo algunas precisiones sobre los daños inmateriales alegados y sobre las costas y gastos solicitadas, y finalmente “dejó librado a la prudente decisión de la Corte la determinación del contenido y alcance” de las medidas de reparación “no pecuniarias”.

21. En su escrito de observaciones al reconocimiento del Estado (*supra* párr. 6) la Comisión manifestó, *inter alia*, que “valora positivamente la aceptación de la responsabilidad internacional [...] efectuada por [...] Argentina [y] ante tal declaración corresponde resaltar la voluntad manifestada por el Estado [...] y la importancia de este pronunciamiento que es un paso positivo hacia el cumplimiento de sus obligaciones internacionales”. De igual forma, los representantes en su escrito respectivo (*supra* párr. 6) valoraron el reconocimiento estatal.
22. En el “acta acuerdo” alcanzada por las partes en la audiencia pública (*supra* párr. 9) se establece:

1) [...] EL ESTADO ratifica que asume responsabilidad internacional por la violación, en el caso en especie, de los artículos 8.1 [...] y 13 [...] de la Convención Americana [...],

en relación con la obligación general de respeto y garantía de los derechos humanos y el deber de adoptar medidas normativas o de otro carácter establecidos en los artículos 1(1) y 2 de la Convención, en perjuicio del señor Eduardo Kimel.

A los efectos de especificar los alcances de la asunción de responsabilidad internacional del ESTADO, se deja constancia de que Eduardo Kimel fue condenado injustamente a un año de prisión en suspenso y al pago de una indemnización de veinte mil pesos (\$ 20.000). Si bien la indemnización referida nunca se ejecutó efectivamente, en el caso en especie la condena fue impuesta en clara vulneración de su derecho a expresarse libremente, a partir de un proceso penal por calumnias e injurias promovido por un ex-juez criticado en el libro “La masacre de San Patricio” por su actuación en la investigación de la muerte de 5 religiosos cometida durante la época de la dictadura militar. En virtud de lo expuesto, EL ESTADO asume responsabilidad internacional por la violación del derecho a expresarse libremente, en el caso en especie, tanto en virtud de la injusta sanción penal impuesta al señor Kimel como respecto de la indemnización dispuesta a favor del querellante.

Por ello, y vistas las consecuencias jurídicas y el compromiso del Estado argentino de cumplir integralmente con las normas de derechos humanos a las que se ha obligado nacional e internacionalmente, y tal como se ha señalado precedentemente, EL ESTADO ha resuelto asumir la responsabilidad internacional y sujetarse a las reparaciones correspondientes que determine la [...] Corte Interamericana [...].

2) Asimismo, como muestra de la buena voluntad de LOS REPRESENTANTES DE LA VÍCTIMA y en miras a alcanzar un acuerdo con EL ESTADO, LOS REPRESENTANTES DE LA VÍCTIMA desisten del reclamo por la alegada violación de los derechos a impugnar la sentencia penal condenatoria (artículo 8.2.h de la Convención Americana); de la garantía de imparcialidad del juzgador (art. 8.1 de la Convención Americana); y del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo

25 de la Convención Americana).

3) EL ESTADO, LA COMISIÓN Y LOS REPRESENTANTES DE LA VÍCTIMA, solicitan a la [...] Corte Interamericana de Derechos Humanos tenga a bien expedirse –conforme a lo establecido en el artículo 63 de la Convención Americana– sobre el alcance de las reparaciones a favor de la víctima Eduardo Kimel, las cuales deben incluir la indemnización por los daños materiales e inmateriales, así como las garantías de satisfacción y medidas de no repetición.

23. En lo referente a la terminación anticipada del proceso, los artículos 53, 54 y 55 del Reglamento regulan las figuras de sobreseimiento, solución amistosa y prosecución del examen del caso⁷⁴.
24. La Corte observa que las frases “si hay lugar al desistimiento”, “la procedencia del allanamiento”, “podrá declarar terminado el asunto”, así como el texto íntegro del artículo 55 del Reglamento, indican que estos actos no son, por sí mismos, vinculantes para el Tribunal. Dado que los procesos ante esta Corte se refieren a la tutela de los derechos humanos, cuestión de orden público internacional que trasciende la voluntad de las partes, la Corte debe velar porque tales actos resulten aceptables para los fines que busca cumplir el Sistema Interamericano. En esta tarea el Tribunal no se limita únicamente a verificar las condiciones formales de los mencionados actos, sino que los debe confrontar con la naturaleza y gravedad de las violaciones alegadas, las exigencias e interés de la justicia, las circunstancias particulares del caso concreto y la actitud y posición de las partes.

74 Artículo 53. Sobreseimiento del caso

1. Cuando la parte demandante notificare a la Corte su desistimiento, ésta resolverá, oída la opinión de las otras partes en el caso, si hay lugar al desistimiento y, en consecuencia, si procede sobreseer y declarar terminado el asunto.
2. Si el demandado comunicare a la Corte su allanamiento a las pretensiones de la parte demandante y a las de los representantes de las presuntas víctimas, sus familiares o representantes, la Corte, oído el parecer de las partes en el caso, resolverá sobre la procedencia del allanamiento y sus efectos jurídicos. En este supuesto, la Corte procederá a determinar, cuando fuere el caso, las reparaciones y costas correspondientes.

Artículo 54. Solución amistosa

Cuando las partes en un caso ante la Corte comunicaren a ésta la existencia de una solución amistosa, de un avenimiento o de otro hecho idóneo para la solución del litigio, la Corte podrá declarar terminado el asunto.

Artículo 55. Prosecución del examen del caso

La Corte, teniendo en cuenta las responsabilidades que le incumben de proteger los derechos humanos, podrá decidir que prosiga el examen del caso, aun en presencia de los supuestos señalados en los artículos precedentes.

25. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte constata que el reconocimiento de responsabilidad estatal (*supra* párr. 18 y 22) se sustenta en hechos claramente establecidos; es consecuente con la preservación de los derechos a la libertad de expresión y a ser oído en un plazo razonable, así como con las obligaciones generales de respeto y garantía y de adoptar disposiciones de derecho interno; y no limita las reparaciones justas a las que tiene derecho la víctima, sino que se remite a la decisión de la Corte. En consecuencia, el Tribunal decide aceptar el reconocimiento estatal y calificarlo como una confesión de hechos y allanamiento a las pretensiones de derecho contenidos en la demanda de la Comisión, y una admisión de los argumentos formulados por los representantes. Asimismo, la Corte considera que la actitud del Estado constituye una contribución positiva al desarrollo de este proceso, al buen despacho de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos, a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana y a la conducta a la que están obligados los Estados en esta materia⁷⁵, en virtud de los compromisos que asumen como partes en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”.

Sinopsis del caso Kimel y la utilización del juicio de proporcionalidad y ponderación

Hay que admitir que en las últimas décadas, los llamados juicios de proporcionalidad (comúnmente conocido como juicios de ponderación), han protagonizado múltiples debates en las salas de justicia y facultades de derecho. Sin embargo, es verdad que desde hace pocos años, el llamado *juicio de proporcionalidad y de ponderación* ha sido desarrollado a plenitud dentro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La ponderación es una de las actividades más delicadas en el proceso de razonamiento y argumentación de la justificación de las decisiones judiciales que aparejan a conflictos entre normas funda-

⁷⁵ Cfr. *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 29; Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párr. 34, y Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 30.*

mentales (o bien principios); la solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio.⁷⁶

Se afirma que el caso *Kimel vs. Argentina* es la primera sentencia en que la Corte Interamericana realiza un *juicio de proporcionalidad* en torno a la colisión entre el derecho a la libertad de pensamiento y expresión y la protección de la honra y dignidad, ambos consagrados en la Convención Americana en los artículos 13 y 11 respectivamente.

El 19 de abril de 2007, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte Interamericana una demanda en contra de la República Argentina, para que la Corte determine si el Estado ha incumplido sus obligaciones internacionales, al condenar penalmente al señor Gabriel Kimel por la comisión del delito de calumnia; la Comisión solicitó que la Corte establezca la violación de los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 13 (Libertad de Expresión) de la Convención Americana, en relación con la obligación general de respeto y garantía de los derechos humanos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecidos en los artículos 1.1 y 2 de la Convención.⁷⁷

Eduardo Gabriel Kimel es un conocido periodista, escritor e investigador histórico argentino, quien ha publicado varios libros relacionados con la historia política argentina, entre ellos “La masacre de San Patricio”, que analiza el asesinato de cinco religiosos pertenecientes a la *orden palotina*, ocurrido en Argentina el 4 de julio de 1976, durante la última dictadura militar y donde se criticó la actuación de las autoridades encargadas de la investigación de los homicidios, entre ellas un funcionario judicial. El Juez mencionado por el señor Kimel, promovió una querrela criminal en su contra por el delito de calumnia, luego de concluido el proceso penal, el señor Kimel fue condenado por la Sala IV de la Cámara de Apelaciones a un año de prisión y multa de veinte mil pesos por el delito de calumnia.

76 ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos Fundamentales*, 1ra. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2008.

77 Argentina reconoció su responsabilidad parcial respecto de la violación a la libertad de expresión y garantías judiciales consagrados en los artículos 13 y 8 de la Convención Americana respectivamente.

En torno a estos hechos subyace un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión en temas de interés público y la protección de la honra de los funcionarios públicos, la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que haga la Corte a través de un juicio de proporcionalidad⁷⁸. En los casos a los que se refiere el Prof. Robert Alexy, en que se imputan delitos de injuria por dos publicaciones (1958) en una revista satírica *Titanic* precisamente se aprecia que el juicio de proporcionalidad no es siempre igual, y que en consecuencia la ponderación no nos va a dar siempre el mismo resultado⁷⁹. Por eso se afirma que no hay derechos absolutos sino que su justipreciación se hará caso por caso, y sin duda el contexto histórico en que se producen los acontecimientos será igualmente gravitante.

Para la resolución del presente caso (*Kimel vs. Argentina*), la Corte establece la necesidad de resolver conforme a un criterio de estricta proporcionalidad, buscando proteger los derechos a la honra y a la reputación, así como otros derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, de acuerdo a los mismos límites fijados por la propia Convención.

La Corte realizó el juicio de ponderación aplicando el principio de proporcionalidad, para determinar si el Estado era responsable internacionalmente conforme a los siguientes criterios: 1) verificando si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; 2) estudiando si la protección de la reputación de los jueces sirve a una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinando, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; 3) evaluando la necesidad de tal medida, y 4) analizando la estricta

78 Es necesario precisar que para poder realizar un juicio de proporcionalidad se parte de la premisa de la inexistencia de los derechos absolutos, ya que al finalizar el juicio se determinará la restricción de un derecho frente al goce de otro para el caso concreto.

79 En estos casos se produce una colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor, en el cual la revista satírica *Titanic* había llamado "asesino nato", y en otra edición lo había llamado "tullido" a un oficial de la reserva que era parapléjico y que había conseguido que se lo llame nuevamente a filas para cumplir con unos ejercicios militares. El Tribunal Superior de Dusseldorf condenó a la revista a pagar una indemnización de 12.000 marcos alemanes al oficial. La revista interpuso un recurso de amparo y de acuerdo con la reconstrucción de ALEXY, el Tribunal Superior consideró que mientras llamar al oficial "asesino nato" era una interferencia moderada o leve en su derecho al honor, porque este tipo de apelativos eran usuales en su estilo satírico, en cambio la interferencia en la libertad de expresión se considera grave; en el otro caso resolvió que llamar "tullido" a un parapléjico se considera una interferencia gravísima en su derecho al honor, que derrota la interferencia grave en la libertad de expresión de la revista.

proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho de éste a manifestar su opinión.

1. *Estricta formulación de la norma que consagra la limitación o restricción (legalidad penal)*

La Comisión alegó que “se utilizaron los delitos contra el honor con el claro propósito de limitar la crítica a un funcionario público”. En este sentido, sostuvo que “la, amplitud y apertura que permite [...] que las conductas anteriormente consideradas como desacato sean sancionadas indebidamente a través de estos tipos penales”. Además, la Comisión opinó que la “mera existencia [de los tipos penales aplicados al señor Kimel] disuade a las personas de emitir opiniones críticas respecto de la actuación de las autoridades, dada la amenaza de sanciones penales y pecuniarias”. Al respecto, indicó que descripción de las conductas de [calumnia e injurias] tiene[...] tal ambigüedad “[s]i el Estado decide conservar la normativa que sanciona las calumnias e injurias, deberá precisarla de forma tal que no se afecte la libre expresión de inconformidades y protestas sobre la actuación de los órganos públicos y sus integrantes”.

Los representantes indicaron que la figura de injurias “se refiere a una conducta absolutamente indeterminada”, toda vez que “la expresión ‘deshonrar’ como la de ‘desacreditar’ a otro, no describe conducta alguna”. Por ello, consideraron que “no existe un parámetro objetivo para que la persona pueda medir y predecir la posible ilicitud de sus expresiones sino, en todo caso, se remite a un juicio de valor subjetivo del juzgador”. Agregaron que la figura de calumnia “resulta también excesivamente vag[a]”. Concluyeron que la “vaguedad de ambas figuras ha resultado manifiesta”, dado que el señor Kimel “fue condenado en primera instancia por injurias, y luego [por] calumnias”.

Esta Corte tiene competencia –a la luz de la Convención Americana y con base en el principio *iura novit curia*, el cual se encuentra sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional–

para estudiar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido alegadas en los escritos presentados ante ella, en la inteligencia de que las partes hayan tenido la oportunidad de expresar sus respectivas posiciones en relación con los hechos que las sustentan⁸⁰.

En el presente caso ni la Comisión ni los representantes alegaron la violación del artículo 9 de la Convención Americana que consagra el principio de legalidad. Sin embargo, el Tribunal estima que los hechos de este caso, aceptados por el Estado y sobre los cuales las partes han tenido amplia posibilidad de hacer referencia, muestran una afectación a este principio en los términos que se exponen a continuación.

La Corte ha señalado que “es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información”⁸¹. En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano. Al respecto, este Tribunal ha señalado que:

La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los

80 Cfr. *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 172; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 54, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 186.

81 Cfr. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, supra nota 44, párr. 40, y *Caso Claude Reyes y otros*, supra nota 44, párr. 89.

individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana⁸².

La Corte resalta que en el presente caso el Estado indicó que “la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana” (*supra* párr. 18).

En razón de lo anterior y teniendo en cuenta las manifestaciones formuladas por el Estado acerca de la deficiente regulación penal de esta materia, la Corte considera que la tipificación penal correspondiente contraviene los artículos 9 y 13.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.

2. Idoneidad y finalidad de la restricción

En este paso del análisis, lo primero que se debe indagar es si la restricción constituye un medio idóneo o adecuado para contribuir a la obtención de una finalidad compatible con la Convención.

Los jueces, al igual que cualquier otra persona, están amparados por la protección que les brinda el artículo 11 convencional que consagra el derecho a la honra. Por otra parte, el artículo 13.2.a) de la Convención establece que la “reputación de los demás” puede ser motivo para fijar responsabilidades ulteriores en el ejercicio de la libertad de expresión. En consecuencia, la protección de la honra y reputación de toda persona es un fin legítimo acorde con la Convención. Asimismo, el instrumento penal es idóneo porque sirve el fin de salvaguardar, a través de la conminación de pena, el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en

82 Cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros, *supra* nota 12, párr. 121, y Caso Lori Berenson, *supra* nota 12, párr. 125. Asimismo, el Tribunal ha resaltado que las leyes que prevean restricciones “deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación”. Cfr. Caso Ricardo Canese, *supra* nota 44, párr. 124.

capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo. Sin embargo, la Corte advierte que esto no significa que, en la especie que se analiza, la vía penal sea necesaria y proporcional.

3. Necesidad de la medida utilizada

La Comisión considera que “el Estado tiene otras alternativas de protección de la privacidad y la reputación menos restrictivas que la aplicación de una sanción penal”. En este sentido, “[l]a protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público” y a través de “leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta”.

Para determinar la necesidad de la medida, la Corte debe examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas.

La Corte ha señalado que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita⁸³. La tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de *ultima ratio* del derecho penal. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado.

Tomando en cuenta las consideraciones formuladas hasta ahora sobre la protección debida de la libertad de expresión, la razonable conciliación de las exigencias de tutela de aquel derecho, por una parte, y de la honra por la otra, y el principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática, el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del

83 Cfr. Caso Ricardo Canese, *supra* nota 44, párr. 104, y Caso Palamara Iribarne, *supra* nota 12, párr. 79.

daño inferido. La tipificación penal de una conducta debe ser clara y precisa, como lo ha determinado la jurisprudencia de este Tribunal en el examen del artículo 9 de la Convención Americana.

Si bien es cierto que la Corte no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, a su vez reconoce que la posibilidad de utilizar al derecho penal debe realizarse con especial cautela. Es por ello que este Alto Tribunal resuelve que para el presente caso, resulta notorio el abuso en el ejercicio del poder punitivo del Estado.

4. Estricta proporcionalidad de la medida

En este último paso del análisis se considera si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación.

En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra.

Para efectuar el análisis de la estricta proporcionalidad, la Corte examina los siguientes puntos:

a) El grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada.

Respecto al grado de afectación de la libertad de expresión, la Corte considera que las consecuencias del proceso penal en sí mismo, la imposición de la sanción, la inscripción en el registro de antecedentes penales, el riesgo latente de posible pérdida de la libertad personal y el efecto estigmatizador de la condena penal impuesta al señor Kimel demuestran que las responsabilidades ulteriores establecidas en *este caso fueron graves* (el énfasis es mío). Incluso la multa constituye, por sí misma, una afectación grave de la libertad de expresión, dada su alta cuantía respecto a los ingresos del beneficiario.

En cuanto a la afectación del derecho a la honra, las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente; no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza, como sucede cuando un juez investiga una masacre en el contexto de una dictadura militar, como ocurrió en el presente caso; por lo que la Corte no determina el grado de afectación como grave.

b) La importancia de la satisfacción del bien contrario

En este punto la Corte reafirma que el control democrático a través de la opinión pública fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. De ahí la mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático. Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática, que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público.

Con base en lo anterior, la Corte resuelve que la crítica realizada por el señor Kimel estaba relacionada con temas de notorio interés público, se refería a un juez en relación con el desempeño de su cargo y se concretó en opiniones que no entrañaban la imputación de delitos.

c) Si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro.

La Corte observa que el señor Kimel realizó una reconstrucción de la investigación judicial de la masacre y, a partir de ello, emitió un juicio de valor crítico sobre el desempeño del Poder Judicial durante la última dictadura militar en Argentina. La crítica realizada por el señor Kimel estaba relacionada con temas de notorio interés público, se refería a un juez en relación con el desempeño de su cargo y se concretó en opiniones que no entrañaban la imputación de delitos.

Las opiniones vertidas por el señor Kimel no pueden considerarse ni verdaderas ni falsas. Como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo. En principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos. De allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte concluye que la afectación a la libertad de expresión del señor Kimel fue manifiestamente desproporcionada, por excesiva, en relación con la alegada afectación del derecho a la honra en el presente caso. Por lo que el Estado Argentino resulta responsable internacionalmente por la violación a sus obligaciones internacionales.

Este es un caso como hemos manifestado emblemático porque la Corte Interamericana, pone de relieve la importancia del juicio de proporcionalidad y los mecanismos para solucionar en este caso concreto una colisión de principios que están en la propia convención, el derecho a la libertad de expresión y de información (Art. 13) vs. El derecho a la honra (Art. 11), mediante la aplicación del principio o ley de la ponderación.

La importancia de este caso radica en determinar que el ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. Esto implica un proceso de armonización de derechos en donde el Estado tiene un papel medular al establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito; y de no hacerlo entonces resulta fundamental el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana como Tribunal complementario y subsidiario garante de los derechos humanos.

Cabe señalar que la Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado Argentino por la violación a la libertad de pensamiento y expresión, al principio de legalidad y las garantías judiciales, todas ellas en relación con la obligación de respetar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, todos contenidos en

la Convención Americana.

El Tribunal consideró que el Estado argentino violó el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13.1 y 13.2 de la Convención Americana, en relación con la obligación general contemplada en el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Kimel.

Con respecto a las garantías judiciales (Art. 8 de la Convención), dijo la Corte: “ la Comisión alegó que el proceso penal en contra de la víctima duró casi nueve años; que el caso no era complejo, pues “no existía pluralidad de sujetos procesales” y la prueba consistía esencialmente en el libro del señor Kimel; que “no consta en autos que el señor Kimel hubiera mantenido una conducta incompatible con su carácter de procesado ni entorpecido la tramitación del proceso”; y que “las autoridades judiciales no actuaron con la debida diligencia y celeridad”. Los representantes presentaron argumentos en el mismo sentido y agregaron que “el procedimiento aplicable a los delitos contra el honor, por ser delitos de acción privada, es un procedimiento simplificado que carece de etapa de investigación”. Como se indicó anteriormente, el Estado se allanó a la alegada violación del artículo 8.1 de la Convención.

Teniendo en cuenta los hechos acreditados, el allanamiento del Estado y los criterios establecidos por este Tribunal respecto del principio del plazo razonable⁸⁴, la Corte estima que la duración del proceso penal instaurado en contra del señor Kimel excedió los límites de lo razonable. Del mismo modo, el Tribunal considera, conforme a su jurisprudencia⁸⁵, que el Estado no justificó esa duración tan prolongada. En consecuencia, declara que el Estado violó el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Kimel”.

84 Dichos criterios son: i) complejidad del asunto, ii) actividad procesal del interesado, y iii) conducta de las autoridades judiciales. Cfr. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 77; *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155, párr. 102, y *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165, párr. 102.

85 Cfr. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 145; *Caso Gómez Palomino Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 85, y *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, *supra* nota 17, párr. 161.

En cuanto a las reparaciones (aplicación del Art. 63.1. de la Convención Americana)

En la sentencia *Kimel vs. Argentina* dijo la Corte:

98. Es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente⁸⁶. En sus decisiones a este respecto, la Corte se ha basado en el artículo 63.1 de la Convención Americana⁸⁷.
99. En el marco del reconocimiento efectuado por el Estado (*supra* párrs. 18 y 22), de acuerdo con las consideraciones sobre el fondo expuestas y las violaciones a la Convención declaradas en los capítulos anteriores, así como a la luz de los criterios fijados en la jurisprudencia de la Corte en relación con la naturaleza y alcances de la obligación de reparar⁸⁸, la Corte se pronunciará sobre las pretensiones presentadas por la Comisión y por los representantes, y la postura del Estado respecto de las reparaciones, con el objeto de disponer las medidas tendientes a reparar los daños.

La Corte estimo como *parte lesionada* al periodista Kimel, dispuso el pago de indemnizaciones por daño material y por daño inmaterial, así como el pago de costas procesales y dispuso otras medidas de reparación. Por daño material se fijó la indemnización en 10.00 dólares a favor de Kimel, por daño inmaterial (daño moral) en que se estimó incluso la propia declaración del afectado y hasta del médico psiquiatra que lo trataba, se ordenó el pago de 20.000 dólares, y por costas y gastos la cantidad de 10.000 dólares de Estados Unidos de América.

86 Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7*, párr. 25; *Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171*, párr. 138, y *Caso del Pueblo Saramaka*, *supra* nota 14, párr. 131.

87 El artículo 63.1 de la Convención dispone que: Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

88 Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez*, *supra* nota 75, párrs. 25 a 27; *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros)*, *supra* nota 14, párrs. 76 a 79; *Caso Albán Cornejo*, *supra* nota 75, párr. 139, y *Caso del Pueblo Saramaka*, *supra* nota 14, párr. 187.

Puntos resolutivos

Merece destacarse lo que dijo la Corte IDH en el caso *Kimel vs. Argentina* declarando que:

1. Acepta el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, en los términos de los párrafos 18 a 28 de esta Sentencia, y manifiesta que existió violación del derecho a la libertad de expresión, consagrado en el artículo 13.1 y 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones generales establecidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio del señor Eduardo Kimel, en los términos de los párrafos 51 a 95 de la presente Sentencia.
2. Acepta el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, en los términos de los párrafos 18 a 28 de esta Sentencia, y manifiesta que existió violación al derecho a ser oído dentro de un plazo razonable, consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con la obligación general establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Eduardo Kimel, en los términos de los párrafos 96 y 97 de la presente Sentencia.
3. El Estado violó el principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio del señor Eduardo Kimel, en los términos de los párrafos 61 a 67 del presente fallo.
4. Acepta el retiro de alegaciones de los representantes relativas al derecho a ser oído por un juez imparcial, contemplado en el artículo 8.1, al derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, consagrado en el artículo 8.2.h), y al derecho a la protección judicial, estipulado en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos del párrafo 26 de la presente Sentencia.

5. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.

Y DECIDE:

Por unanimidad que:

6. El Estado debe realizar los pagos de las cantidades establecidas en la presente Sentencia por concepto de daño material, inmaterial y reintegro de costas y gastos dentro del plazo de un año a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 110, 119 y 133 de la misma.
7. El Estado debe dejar sin efecto la condena penal impuesta al señor Kimel y todas las consecuencias que de ella se deriven, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 121 a 123 de la misma.
8. El Estado debe eliminar inmediatamente el nombre del señor Kimel de los registros públicos en los que aparezca con antecedentes penales relacionados con el presente caso, en los términos de los párrafos 121 a 123 de esta Sentencia.
9. El Estado debe realizar las publicaciones señaladas en el párrafo 125 de esta Sentencia, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la misma.
10. El Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad, dentro del plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos del párrafo 126 de la misma.
11. El Estado debe adecuar en un plazo razonable su derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de tal forma que las imprecisiones reconocidas por el Estado (*supra* párrafos 18, 127 y 128) se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

12. Supervisará la ejecución íntegra de esta Sentencia, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento.

Los Jueces Diego García-Sayán y Sergio García Ramírez comunicaron a la Corte sus Votos Concurrentes. Dichos votos acompañan esta Sentencia.

Epílogo

Este es un buen ejemplo de lo que pueden producir las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues el fallo fue cumplido en su integridad, y en otro caso como el *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*⁸⁹ en que se sancionó a pagar indemnizaciones al periodista Herrera Ulloa, y al diario *La Nación*, la Corte IDH en el año 2004 dispuso que el Estado costarricense deje sin efecto la condena penal contra el periodista y la condena a indemnizaciones contra el diario *La Nación* y que debía hacerse efectivo el respeto al derecho al doble conforme, esto es la posibilidad de recurrir el fallo mediante un procedimiento ágil y efectivo (Art. 8 n. 2 de la Convención o Pacto de San José). Esto se cumplió a raíz del fallo de la Corte IDH que fue atendido íntegramente, llegándose a establecer el *recurso de apelación de la sentencia* que no estaba previsto en el sistema procesal penal de Costa Rica; y la *casación* prevista, no permitía la revalorización de la prueba sino únicamente el examen limitado de la violación de la ley en la sentencia, con lo cual no se respetaba realmente el derecho al doble conforme.

Vale decir en estos comentarios finales, que se sigue un sistema mixto pues por una parte y de acuerdo con el *principio dispositivo* las partes solicitan la práctica de prueba, pero igualmente el Presidente del Tribunal puede disponer de oficio *pruebas para mejor resolver*, debiendo recordar que el órgano de investigación es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que remite a la Corte los

89 Se puede ver el fallo en nuestra página en www.alfonsozambrano.com

elementos probatorios documentales que ha recogido durante su investigación, y toda la prueba practicada es valorada de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

CAPÍTULO 4

NULIDAD Y RECURSO DE APELACIÓN

Introducción

En la estructura normativa del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador del 2014 no está previsto el *recurso de nulidad* lo cual no impide que se pueda proponer la *nulidad* como cuestión de especial y previo pronunciamiento al proponerse en un proceso penal dentro del plazo legal para deducirlo el *recurso de apelación* de la sentencia condenatoria dictada, al tenor de art. 343 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal.

Como cuestión de previo y especial procede la *excepción procesal penal perentoria de nulidad del proceso* por violaciones insubsanables del derecho a la defensa del justiciable, previstas en el art. 76 n 7 letra h) y j) de la Constitución y art. 8 letra f) del Pacto de San José o Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, suscrita y ratificada por el Ecuador y que forma parte del bloque de constitucionalidad.

Fundamentación de la excepción procesal penal perentoria de nulidad del proceso

Está contenida en los siguientes considerandos:

Las garantías en un Estado constitucional de derechos y justicia

Se ha ignorado groseramente que el más alto deber del Estado

consiste el respetar y hacer respetar los derechos consagrados en la Constitución (Art. 9 n. 11), se han vulnerado las garantías propias del derecho al debido proceso previstas en el Art. 76 de la Constitución que dispone el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes (n. 1), se ha violentado el principio de presunción de inocencia (n. 2), se ha desconocido el derecho de no ser juzgado sino por un acto o infracción cuya existencia se hubiese probado, y del que haya prueba indudable de la participación en el mismo (n. 3), se ha irrespetado la inviolabilidad del derecho de defensa (n. 7) que se refiere a la garantía de ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente.

En este caso se ha negado el derecho de defensa del justiciable, así como se ha incumplido la exigencia de que las resoluciones lo cual incluye en altísimo grado a las sentencias, deben ser motivadas, no existiendo tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas y principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.

El único camino legítimo y válido para destruir el *principio de presunción de inocencia* (art. 76 n. 2 de la Constitución) es la prueba tanto de la existencia del delito como de la responsabilidad y culpabilidad penal del justiciable. Las pruebas documentales, testimoniales y periciales están previamente previstas en la normativa procesal penal y sin su presencia una sentencia condenatoria es improcedente. No puede servir de sustento la imaginación ni las suposiciones de una jueza o de un juez, porque eso significaría la *demolición* de las garantías del derecho al debido proceso.

Fundamentamos la pretensión al amparo de lo que disponen los artículos 1, 11, 66, 75, 76, 77, 81, 82 y 167 de la Constitución de la República, que diseña y desarrolla un Estado constitucional de derechos y justicia. Recordando que el máximo deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, que serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte, que son plenamente justiciables, como

el de las Garantías Judiciales determinadas en el artículo 8 de la Convención Americana Sobre derechos Humanos (Pacto de San José), que garantiza los derechos a la igualdad formal y material, a la propiedad privada, a la tutela efectiva imparcial y expedita, al debido proceso y la motivación, a ser juzgado por un juez competente, a impugnar las decisiones judiciales, así como a la seguridad jurídica que tiene una de sus expresiones en la legalidad.

La potestad de administrar justicia emana del pueblo que la ejerce a través de los órganos de la Función Judicial y otras autoridades legítimas. El proceso penal es un medio para la realización de la justicia que debe atender a principios fundamentales como la legalidad y la mínima intervención penal, y las resoluciones deben ser motivadas.

Un Estado Constitucional de derechos y justicia, según sentencia de la Corte Constitucional N° 007-09-SEP-CC, caso 0050-08-EP, publicada en el Registro Oficial Suplemento 602, de 01 de junio del 2009, es aquel en que “la persona humana debe ser el objeto primigenio, donde la misma aplicación e interpretación de la ley sólo sea posible en la medida que esta normativa se ajuste y no contradiga la Carta Fundamental y la Carta Internacional de los Derechos Humanos...”.

El relación a lo que constituye *el debido proceso penal*, la Corte Constitucional para el período de transición ha expuesto en el caso N° 002-08-CN, cuya sentencia está publicada en el Registro Oficial Suplemento 602, de 01 de junio del 2009, que: “En sentido material, el debido proceso es el adelantamiento de las etapas del proceso y el cumplimiento de las distintas actuaciones judiciales, con sujeción a las garantías constitucionales y legales, como límite de la función punitiva del Estado (noción formal más cumplimiento de los fines y derecho constitucional)...Hay debido proceso desde un punto de vista material, si se respeta los fines superiores como la libertad, la dignidad humana, la seguridad jurídica y los derechos constitucionales como la legalidad, la controversia, la celeridad, la publicidad, la prohibición de la reforma in pejus, y el doble procesamiento por el mismo hecho...”.

Respecto de la motivación (que en *caso* está ausente), en sentencia sobre el caso N° 0144-08-RA publicada en el Suplemento del Registro Oficial 615, de 18 de junio del 2009, la Corte Constitucional ha expuesto que: “Para que una resolución sea motivada se requiere que sea fundamentada, es decir que se enuncien las normas o principios jurídicos en que se basa la decisión”; y, posteriormente, en sentencia N° 069-10-SEP-CC, caso 0005-10-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 372, de 27 de enero del 2001, ha dicho que “La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motivada sean coherentes con lo que se resuelve, y que nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión...”

Además, el Código Orgánico de la Función Judicial establece como Principios Rectores y Disposiciones Fundamentales, los de supremacía constitucional, de aplicabilidad directa e inmediata de la norma constitucional, de legalidad, jurisdicción y competencia, de independencia, de imparcialidad, de responsabilidad, dispositivo, de inmediación y concentración, de celeridad, de probidad, de tutela judicial efectiva de los derechos, de seguridad jurídica, de buena fe y lealtad procesal, y de la verdad procesal.

Sobre el garantismo penal

En esta fundamentación no podemos dejar de referirnos al pensamiento de un preclaro filósofo y conspicuo jurista como es el profesor de la Universidad de Camerino, don Luigi Ferrajoli, autor de la *Teoría del Garantismo Penal* que en su obra monumental *Derecho y Razón*⁹⁰, reconociendo la crisis de los fundamentos del derecho penal expresada en la falta de correspondencia que existe entre el sistema normativo de las garantías y el funcionamiento efectivo de las instituciones positivas, hace un recorrido teórico por las raíces del modelo garantista recogido por la tradición iluminista, así como por la oposición que contra dicho modelo han ejercido desde hace más de un siglo la continua emergencia de arquetipos penales pre modernos y la interminable tentación de autoritarismo. Ferrajoli, ilustra las múltiples formas de ilegitimidad y de injusticia

90 FERRAJOLI Luigi, *Derecho y Razon*, Editorial Trotta, Madrid, España, 1995.

provocadas por la inadecuación del modelo o por las lesiones contra las garantías individuales. Frente a la crisis del modelo, propone una reformulación filosófica y política en el marco de una teoría general del garantismo.

Es reconocido como el autor de una propuesta de *derecho penal mínimo* fundamental para la plena vigencia de un Estado de Derecho, recordándonos que “el garantismo es el principal rasgo funcional de esa formación moderna específica que es el *estado de derecho*”⁹¹. El Prof. Ferrajoli, al responder a la interrogante de que es el *garantismo*, nos recuerda que “el modelo penal garantista, aun cuando recibido en la Constitución italiana y en otras Constituciones como parámetro de racionalidad, de justicia, y de legitimidad de la intervención punitiva, se encuentra ampliamente desatendido en la práctica, tanto si se considera la legislación penal ordinaria como si se mira a la jurisdicción o, peor aún si se mira a las prácticas administrativas y policiales.

Esta divergencia entre la normatividad del modelo en el nivel constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores comporta el riesgo de hacer de aquel una simple fachada, con meras funciones de mistificación ideológica del conjunto...”⁹², para luego referirnos que el *garantismo* designa un *modelo normativo de derecho* “precisamente por lo que respecta al derecho penal, el modelo de “estricta legalidad” propio del *estado de derecho*, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el sistema jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es “garantista” todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva”.

91 FERRAJOLI Luigi, *Derecho y Razon*, Editorial Trotta, ob. Cit. p. 851.

92 FERRAJOLI Luigi, *Derecho y Razon*, Editorial Trotta, ob. Cit. p. 851-852.

Reclamamos la nulidad por violación del derecho al debido proceso al afectarse la inviolabilidad del derecho a la defensa

El Código Orgánico Integral Penal dice:

“Art. 440.- Persona procesada. - Se considera persona procesada a la persona natural o jurídica, contra la cual, la o el fiscal formule cargos. La persona procesada tendrá la potestad de ejercer todos los derechos que le reconoce la Constitución, los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y este Código”.

Destaco el necesario respeto y aplicación del Art. 76 n. 7 de la Constitución de Ecuador (2008), del Art. 8. 2 del Pacto de San José o Convención Americana de Derechos Humanos (1969), y del Art. 282 de la Ley Orgánica de la Función Judicial (2009), que garantizan la *inviolabilidad del derecho de defensa* como contenido del *respeto al debido proceso*.

Agrego a lo expresado, lo que señala el mismo COIP en relación con los derechos de una persona imputada o procesada para solicitar actividades investigativas y medios de prueba que considere indispensables para hacer efectivo su derecho a la defensa:

“Artículo 597.- Actividades investigativas en la instrucción. - Los sujetos procesales gozarán de libertad para obtener los elementos que sustentan sus alegaciones con sujeción a los principios del debido proceso, para lo cual podrán ejercer todas las actividades investigativas y utilizar los medios de prueba, con las restricciones establecidas en este Código.

La persona procesada podrá presentar a la o al fiscal los elementos de descargo que considere convenientes para su defensa...”

Derecho del justiciable

Toda persona tiene la facultad de recurrir ante los órganos jurisdiccionales del Estado para obtener la protección de sus derechos o para hacer valer cualquier otra pretensión. De esta manera se asegura la tranquilidad social, en tanto las personas no realizan

justicia por sus propias manos ya que cuentan con una instancia y un proceso, previamente determinados por la ley, por medio del cual pueden resolver sus controversias. Me permito recordar que la fiscalía en Ecuador, de acuerdo con la Constitución de 2008 es un órgano de la función jurisdiccional (Art. 194) y está obligada a actuar *con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso*.⁹³

En otras palabras, todas las personas tienen el derecho de acceder al sistema judicial, para que los órganos llamados a resolver su pretensión la estudien y emitan una resolución motivada conforme a derecho. Impedir este acceso es la forma más extrema de denegar justicia.

Este derecho se encuentra previsto en el artículo 8.1 de la Convención Americana, cuando se hace referencia al derecho de toda persona a ser oída para la resolución de sus controversias, con las garantías debidas y por un tribunal competente, independiente e imparcial.

Este derecho de acceso a la justicia merece un especial interés a propósito de la normativa vigente en los países de la región Andina de la que forma parte el Ecuador, respecto a los mecanismos previstos para la protección judicial de los derechos fundamentales. Como es sabido, las normas internacionales sobre derechos humanos reconocen el derecho de toda persona a la protección judicial de sus derechos fundamentales. Para tal efecto, establecen la obligación por parte de los Estados de asegurar la existencia de los recursos adecuados y efectivos que permitan dicha protección.

Algunas precisiones

- 1.- En ejercicio del derecho que le asiste al justiciable, cuando sus derechos y garantías se vean afectados, debe reclamar el cumplimiento inmediato del Art. 75 de la Constitución que dice:

93 ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal*, Tomo III, Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 2014, p. 54.

“Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”.

- 2.- El *derecho a la tutela judicial efectiva* que está previsto en el Art. 75 de la Constitución de 2008, demanda: 1) la existencia de un procedimiento exigible que resulte rápido y eficiente para atender el reclamo del justiciable, b) la presencia de un juez o autoridad que atienda de manera pronta y oportuna el reclamo resolviendo; y, c) el cumplimiento inmediato – sin dilaciones- de la decisión del juez o de la autoridad.
- 3.- El Art. 11. n 3 de la Constitución de Montecristi señala que *los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.*

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechár la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

El numeral 4 señala:

Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

Y el numeral 5, dice:

En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma

*y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia.*⁹⁴

Derecho al debido proceso

Cuando nos referimos al *debido proceso*⁹⁵ entendemos por tal, a aquel en el que se respeten las garantías y derechos fundamentales, previstos en la Constitución, en las leyes que rigen el ordenamiento legal del país, y en los pactos, tratados y convenios que han sido ratificados y que en consecuencia forman parte de la normativa interna del país y que son de forzoso e incuestionable cumplimiento.

El *debido proceso penal* por su especificidad, tiene que ver con el respeto a las garantías y derechos fundamentales, que le asisten a cualquier ciudadano que es objeto de una imputación delictiva o que es sometido a un proceso penal. La *legalidad del debido proceso penal* es un imperativo propio de la vigencia de un Estado de Derecho en el que deben hacerse efectivos los principios rectores del proceso penal, que en definitiva constituyen y dan contenido a la garantía del debido proceso; esos principios rectores son la columna vertebral de un sistema procesal penal determinado.⁹⁶

Hablar del *debido proceso penal* es referirnos igualmente al respeto a los derechos humanos en la Administración de Justicia Penal, que como sabemos se refieren a aquellos derechos fundamentales que le son reconocidos a cualquier persona que, por una u otra razón, justa o injustamente entra en contacto con los sistemas de justicia penal en un país, refiriéndonos a un concepto de justicia penal en sentido amplio; es decir teniendo en cuenta no solo la fase judicial - penal, sino que cubre la actividad de los órganos represivos del Estado.⁹⁷

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, se reconocen ya una serie de derechos

94 ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal*, Tomo III, Corporación de Estudios y Publicaciones, ob. cit. p. 63- 64.

95 ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Del Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo. El Sistema Interamericano de DD.HH a través de sus sentencias*, EDILEX S.A, Lima- Perú, 2011, p. 424 y ss.

96 ZAVALA BAQUERIZO Jorge, *EL debido proceso penal*, Edino, 2002, 351 páginas.

97 ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Proceso penal y garantías constitucionales*. Biblioteca de Autores de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Primer número. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito. 2005, p. 39-80.

estrechamente vinculados con la administración de justicia penal, pues se consagra el derecho a la vida, a la seguridad e integridad personales, el derecho a no ser sometido a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, se hace referencia al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la igualdad ante la ley, al derecho de recurrir a una autoridad competente en caso de considerarse violados los derechos fundamentales, el derecho a no ser arbitrariamente detenido o encarcelado, etc. Pero, para hacer efectivo el respeto a esos derechos fundamentales, han ido surgiendo una serie de instrumentos internacionales que en los últimos años, se han venido aplicando con marcada eficacia en el caso particular de nuestro país, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

Contenido del debido proceso penal

En un Estado de Derecho el perseguimiento y la sanción de los delitos es responsabilidad exclusiva del Estado, que debe ser el titular del ejercicio de la acción penal, sin que se menoscabe su titularidad por la posibilidad de que la acción penal en cierto tipo de delitos pueda ser ejercida por el particular ofendido.

La *necesidad de juicio previo* es importante para la legalidad del debido proceso, de manera que no se pueda condenar a nadie si no se ha tramitado un juicio respetando el procedimiento previo, esto es aquel previsto en las leyes. Participamos de la necesidad de que se separen las funciones de investigar o indagar, que debe quedar en manos del Ministerio Público o Fiscalía General, de la función de juzgar que debe seguir siendo de competencia de los jueces hoy de garantías penales, que deben ser al mismo tiempo los encargados del control de la instrucción o investigación fiscal.

El constituyente ecuatoriano tuvo mucho cuidado al enunciar los *principios generales* de los derechos, garantías y deberes, pues dice en el artículo 11 n. 9 de la Constitución del 2008: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”. El derecho a la libertad previsto como

garantía constitucional, es uno más de los derechos humanos que le asisten, al igual que el derecho a la vida, a la honra, a la intimidad, a la propiedad, a la libertad sexual, a la libertad de credo religioso, el derecho a la inviolabilidad de la defensa, el principio de presunción de inocencia, etc.

Es suficientemente sabido que el Estado debe garantizar a todos sus habitantes (incluyendo a los que están en la cárcel), sin discriminación alguna (cualquiera que fuese el tipo de delito), el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos (Pacto de Costa Rica) convenios y más instrumentos internacionales vigentes (El Pacto de San José está vigente). Dice el art. 11 n. 3: “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte...” *Directa e inmediatamente aplicables*, significa la imposibilidad que se hable de plazos, y aquí en forma expresa se establece que no hay plazos, al afirmar que los derechos y garantías serán de aplicación directa e inmediata!⁹⁸

Y si esto no es suficiente, la misma Constitución expresamente consigna que, *en materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia* (n. 5 *ibídem.*), el *indubio pro reo* o la interpretación más favorable al reo, es un principio de legislación universal que lo entiende incluso el no abogado. En el momento en que haya duda, oscuridad o dificultad para aplicar una ley, tiene siempre que aplicarse en el sentido más favorable al reo. *Irrefutablemente*, la interpretación en favor del reo debe cumplirse de manera estricta.

Como se infiere de la propia Constitución, *no puede alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en la Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos* (n. 3 *ibídem.*).

El Art. 76 de la Constitución de 2008, que contiene también esta

98 ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal*, Tomo III, Corporación de Estudios y Publicaciones, ob. cit. p. 68.

garantía (que es un derecho humano en general y en este caso particular del ecuatoriano) habla de asegurar el debido proceso, con lo cual se hace referencia a un juicio justo, un juicio imparcial, ágil, expedito, que requiere de una justicia que actúe con celeridad y en la que se respeten las garantías y derechos fundamentales inherentes al Estado de Derecho.

Como bien dice el Prof. Luigi Ferrajoli, “La tercera garantía procesal de segundo grado, apta para garantizar la satisfacción y el control de todas las demás, es el desarrollo de las actividades judiciales, y sobre todo de las probatorias, según formas y procedimientos predeterminados por la ley. Es claro que no quedaría asegurada la actuación de ninguna de las garantías procesales si no estuvieran prescritas y sancionadas sus modalidades. El conjunto de estas modalidades y formalidades que conforman el rito fue instituido, como dice Carrara, para frenar al juez (...) Un código de procedimiento que prescribiera ciertas formas, sin decretar la anulación de los hechos con que a ellas se contraviniera, sería una mixtificación maliciosa por medio de la cual se pretendería hacerle creer al pueblo que se provee a la protección de las personas honradas, en tanto que a nadie se protege. Por ello, la observancia del rito no es sólo una garantía de justicia, sino también una condición necesaria de la confianza de los ciudadanos en la justicia”.⁹⁹

En fecha 1 de febrero del 2020 y como consta de autos expresamos al Tribunal.

- 1.- En la convocatoria a audiencia de juicio que se hace mediante providencia suscrita en Quito, el viernes 24 de enero del 2020, las 08h43, este H. Tribunal calificó la procedencia y admisibilidad de la prueba que en favor del justiciable presentó su defensa técnica y que corre desde los folios 52 de la notificación de dicha convocatoria.
- 2.- Anunciamos como prueba testimonial entre otras las declaraciones de P M L, L T B, J C S y G P de S.

⁹⁹ FERRAJOLI Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, 1995, Ed. Trotta, España, Pág. 121.

La prueba pedida era y es importante para conocer *la verdad de los hechos* a efectos de que en su momento el tribunal de sentencia pueda *valorar racionalmente la prueba*. El juez que va a resolver debe tener la certeza de que si existieron lo hechos¹⁰⁰ (Art. 453 del COIP).

La *inmediación* es buen criterio para la valoración racional de la prueba, pero no basta que el juez este físicamente presente. Su tarea es organizar la práctica de la prueba y garantizar el derecho de los sujetos procesales para que se cumpla efectivamente con el *derecho al contradictorio*. Si un procesado se niega a responder a un interrogatorio de los otros sujetos procesales aunque con razón suficiente por la garantía constitucional de no incriminación y el derecho a guardar silencio, hace uso de sus garantías. Pero esto no quiere decir que lo que sí aceptó declarar, sea prueba suficiente de la hipótesis esto es de la verdad de los hechos. El juez debe valorar la credibilidad, confiabilidad y la corroboración de ese medio de prueba.

El COIP proporciona esta herramienta para una valoración racional de la prueba testimonial pues dice en el art. 502: “La prueba y los elementos de convicción, obtenidos mediante declaración, se regirán por las siguientes reglas: 1. El testimonio se valorará en el contexto de toda la declaración rendida y en relación con las otras pruebas que sean presentadas...”. Este criterio se aplica también para las llamadas *pruebas anticipadas*.

- 4.- Solicitamos al Tribunal que se aseguren los medios tecnológicos para el cumplimiento de la prueba pedida, tanto de las coacusadas así como de los ciudadanos convocados.
- 5.- Invocamos en auspicio de la defensa la Sentencia dictada en Acción Extraordinaria por la Corte Constitucional en Carmigniani vs Juez de Duran del 19 de mayo de 2009, Sentencia No. 009-09-SEP-CC. CASO: 0077-09-EP.

En este importante precedente constitucional se expresó que el justiciable en ningún caso puede quedar en indefensión conforme lo señala la Constitución en el art. 75. El más importante de los

100 Art. 453.- “La prueba tiene por finalidad llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad penal de la persona procesada”.

principios y garantías del *derecho al debido proceso* es el derecho a la defensa previsto in extenso en el art. 76 n 7 que en la letra h) permite presentar de manera verbal o escrita las razones o argumentos que asistan al justiciable, y en la letra j) establece la obligación de los testigos o peritos de comparecer y responder al interrogatorio.

Igualmente el art 8 del Pacto de San José o Convención Americana de Derechos Humanos (1969) consagra: 2... f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;...

Esta petición legítima y procedente fue negada sin sustento o fundamento alguno lo cal fue reclamado por la defensa técnica, incluso en el alegato final del 5 de marzo del 2020 a las 21h00.

El juez a quo (o del primer nivel) colocó al acusado en situación de indefensión, pues se negó el derecho a la defensa que es una garantía inviolable, así como a contar con el tiempo para preparar su defensa y ejercer el derecho al contradictorio. Estas garantías están previstas en el Art. 76 de la Constitución del 2008. El procedimiento del *juez de origen*, viola el Art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por el Estado ecuatoriano y vinculante por el mandato previsto en el Art. 424 y siguientes de la Constitución de Montecristi.

En lo que es aplicable dice la disposición invocada: “Artículo 8. Garantías Judiciales. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; y privadamente con su defensor;... f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;”. Cabe consignar y para todos los efectos que la responsabilidad

penal es personal y no colectiva, de manera que cada uno de los imputados debe responder por la adecuación de su conducta a un tipo penal sancionador, inequívocamente determinado y lejos de toda duda razonable. El derecho a la defensa y al contradictorio son garantías propias del derecho al debido proceso previstas in extenso en el Art. 76 de la Constitución del 2008.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dice en Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111 164

3.4.7. Presentar prueba para esclarecer los hechos (8.2.f) Corte IDH.

Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111 164. En el presente caso se encuentra demostrado que en el proceso penal seguido en contra del señor Canese no se le permitió obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que pudieran “arrojar luz sobre los hechos”. En cuanto a la primera instancia, el juez de la causa, después de haber emitido una resolución citando a audiencias a los testigos propuestos por el señor Canese, revocó tal decisión y ordenó el cierre del período probatorio, por lo cual no se rindió ninguna prueba testimonial, coartando por una negligencia judicial la posibilidad de presentar medios probatorios en su defensa que pudieran “arrojar luz sobre los hechos”. Además, ante el Tribunal de Apelación en lo Criminal, Tercera Sala, tampoco se produjo prueba testimonial alguna.

La defensa del señor Canese consistió en repetir ante los tribunales que sus declaraciones no iban dirigidas a los querellantes, sino que se referían al señor Wasmosy, en el marco de la campaña electoral a la Presidencia de la República. Los tribunales consideraron que la ratificación de sus declaraciones en la declaración indagatoria y en la conciliación constituía una “‘confesión simple’ del delito”. 166. Con base en lo señalado, la Corte considera que el Estado violó, en perjuicio del señor Ricardo Canese, el artículo 8.2.f) de la Convención Americana.¹⁰¹

101 Cuadernillo 12 de la CIDH: Debido Proceso. p. 165- 178.

Petición concreta del compareciente

Con los antecedentes expuestos y la fundamentación debida, solicitamos al Tribunal de Alzada que resuelva como cuestión previa la nulidad de la sentencia condenatoria promulgada por el juez a quo, por violación del derecho de defensa previsto en el art. 76 numeral 7 letras h) y j) y art. 8.2. Letra f) de la Convención Americana de DD. HH o Pacto de San José.

Esto devendría en el derecho al juzgamiento en audiencia de juicio en un nuevo proceso penal.

Fundamentación del recurso de apelación

Esta consignada en los siguientes considerando:

Inexistencia de una valoración racional de la prueba

El proceso penal es el único camino para llegar a la verdad de los hechos. De llegar a la verdad material (histórica) para que se convierta en *verdad procesal*. No se trata de que el juez este convencido en su intimidad o subjetividad sino que *los hechos sean probados*. Para esto se requiere que la prueba por ejemplo de testigos sea contrastada con las demás pruebas testimoniales, materiales (documentales) y periciales. Es decir, las pruebas tienen que estar relacionadas entre sí y corroboradas de manera inequívoca. Solo así puede decir el juez que tiene la certeza de la existencia de la hipótesis. No existe juez infalible. Pero el juez que va a resolver debe tener la certeza de que si existieron los hechos¹⁰² (Art. 453 del COIP).

La *inmediación* es otro criterio para la valoración racional de la prueba, pero no basta que el juez este físicamente presente. Su tarea es organizar la práctica de la prueba y garantizar el derecho de los sujetos procesales para que se cumpla efectivamente con el *derecho al contradictorio*. Si un procesado se niega a responder a un interrogatorio de los otros sujetos procesales aunque con razón suficiente por la garantía constitucional de no incriminación y el

102 Art. 453.- “La prueba tiene por finalidad llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad penal de la persona procesada”.

derecho a guardar silencio, hace uso de sus garantías. Pero esto no quiere decir que lo que, si aceptó declarar, sea prueba suficiente de la hipótesis esto es de la verdad de los hechos. El juez y el Tribunal cuando fuese del caso deben valorar la credibilidad, confiabilidad y la corroboración de ese medio de prueba.

El COIP proporciona esta herramienta para una valoración racional de la prueba testimonial pues dice en el art. 502: “La prueba y los elementos de convicción, obtenidos mediante declaración, se regirán por las siguientes reglas: 1. El testimonio se valorará en el contexto de toda la declaración rendida y en relación con las otras pruebas que sean presentadas...”. Este criterio se aplica también para las llamadas *pruebas anticipadas*.

La *inmediación* no garantiza *per se* una adecuada valoración de la prueba. Se sabe que el juez estuvo presente en la práctica de la prueba, nada más. La *inmediación* es un principio incluyente para la valoración de la prueba pero no excluyente de la valoración racional que hagan los tribunales de alzada en caso de recursos, porque si no se corre el riesgo de que se diga que no pueden existir recursos porque no tiene posibilidad de inmediación el juez ante el cual se recurre. Si hay la posibilidad de control probatorio por parte de terceros que no recibieron la prueba y esto pasa con los tribunales de alzada.

En la *valoración de la prueba* hay que aplicar criterios de valoración racional. En la valoración de la prueba de testigos hay criterios de dependen de la *percepción* (de lo que el juez ha oído y comprendido de lo que dice el testigo) y de las *inferencias* probatorias que realiza el juez a partir de lo que dice el testigo y de la credibilidad del testigo que le permite al juez llegar a una valoración racional de esa prueba en sus conclusiones. Es difícil llegar a revisar el contenido de una declaración para corroborar las conclusiones del juez, salvo que haya un registro en audio y video de tal acto procesal. Esto lo prevé también el COIP en el arts. 561. Las cuestiones de percepción también pueden controlarse con estos registros para afirmar por ejemplo que lo que dice el juez que dijo el testigo no es cierto y en verdad dijo otra cosa.

Las cuestiones inferenciales que hace juez pueden ser objetadas si por ejemplo dependen de criterios eminentemente subjetivos del juez alejados de la realidad de los hechos probados. Para esto hay que revisar la motivación del juez en la valoración racional de la prueba. Podría haber una afirmación equivocada del juez si afirma la presencia de una persona que no estuvo en el lugar de los hechos.

Hay que revisar el razonamiento seguido por el juez de primera instancia. La motivación permite conocer el razonamiento seguido por el juez. La motivación consiste en demostrar que la prueba presentada corrobora suficientemente los hechos, bajo los estándares de prueba aplicables a ese tipo de hechos, es decir el nivel de suficiencia previsto, (ejemplo: afirmación de que se entregó dinero en efectivo sin un recibo de descargo contraviene las máximas de la experiencia). Debe haber precisión analítica analizando la valoración individual de la prueba, apreciando la fiabilidad de cada una de las pruebas presentadas en el proceso y la apreciación en conjunto para afirmar cuanto corroboran las pruebas. Se puede así apreciar si se han probado las diversas hipótesis propuestas para que no haya un déficit de valoración, por insuficiente motivación.

Los *recursos* son importantes para una valoración racional de la prueba que parte de un presupuesto fundamental que es la *motivación suficiente* por el juez de origen y aunque persiste el impedimento de una nueva valoración de la prueba por lo menos en casación, la motivación si es materia del examen en el recurso de apelación. No existe motivación cuando el juez o tribunal del juicio se limita a hacer un relato farragoso y extenso de la prueba practicada, sin hacer como corresponde una valoración racional de la misma.

Es necesario el control de una correcta valoración de la prueba, porque el juez no es infalible y hay un criterio externo a la decisión judicial que se traduce en los recursos que son resueltos por otro juez o tribunal. La inmediatez no impide que el juez de alzada examine la resolución impugnada partiendo de un criterio importante que es la *valoración racional de la prueba* por el juez de origen mediante una adecuada y suficiente motivación.

La exigencia de la motivación es una de las garantías constitucionales del derecho al debido proceso prevista en Ecuador en el art. 76 n 7 l) y la consecuencia es la nulidad del acto procesal que no cumple con el estándar de motivación suficiente. Esto si es importante, y lo cumple en más de una ocasión la Corte Nacional actuando como tribunal de casación, (Arts. 656 y 657 del COIP).

La valoración racional de la prueba debe permitirnos llegar a la verdad de los hechos ocurridos (verdad material) en el mundo, de los que realmente ocurrieron y no de los que son forjados. Solo así se puede aplicar correctamente el derecho penal sustantivo (delito y pena). Lo contrario es alimentar un mundo de falacias que desnaturalizan también el proceso penal. Si esto es así fracasa el derecho como mecanismo motivador de la conducta.

No existe motivación de la sentencia

Cumpliendo el mandato constitucional todo acto o resolución de autoridad competente, tiene que estar debidamente fundamentado o motivado (Art. 76, n. 7, letra l) esto responde a una exigencia de derecho a la seguridad jurídica, y a que posibilite la impugnación con el conocimiento previo de los fundamentos de una resolución que causa agravio. La petición que formula el fiscal en la acusación que es el presupuesto para el llamamiento a juicio y en la acusación en la audiencia del juicio, debe tener soporte – vale decir fundamentación- en esto hay que reconocer una suerte de riguridad formal, que es un mecanismo de respeto a la inviolabilidad de la defensa y del derecho al contradictorio (Art. 76, n. 7, letra a, y letra h).

Podemos resumir los siguientes aspectos:

- 1.- El proceso penal es una institución que se desarrolla a través de diferentes etapas procesales, que se llevan de manera continuada y progresiva. El *juicio previo* al que se refiere tanto la Constitución Política de la República como el Código Orgánico Integral Penal debe someterse a reglas de procedimiento que tienen normativa expresa, respetando de manera absoluta los derechos de los justiciables. Incluso cuando se desestiman por

ejemplo, versiones rendidas durante la investigación e instrucción, o durante el debate en la audiencia del juicio, es de obligación de la fiscalía y de la judicatura expresar porque se las desestiman. Siempre se debe hacer un análisis crítico de lo sustanciado, sin limitarse como ocurre con frecuencia a repetir las versiones sin emitir juicio de valor alguno sobre su contenido y pertinencia con los hechos que se investigan.

- 2.- El auto de llamamiento a juicio, es el auto resolutorio contenido en una declaración jurisdiccional de la presunta culpabilidad del imputado como partícipe de un delito, que se ha comprobado en su fase material u objetiva. En la instrucción fiscal deben comprobarse los elementos materiales que permitan la adecuación del acto al tipo penal, produciéndose así el juicio de reproche con respecto al acto, y en la etapa del juicio se debe comprobar la culpabilidad del acusado como presupuesto para la imposición de una condena, con lo cual se produce el juicio de reproche o desaprobación al autor. El auto de llamamiento a juicio sólo puede estar legitimado, si se cumplen los presupuestos que el juez debe encontrar en la instrucción fiscal, como consecuencia del análisis crítico que debe hacer de la misma. El auto de llamamiento a juicio debe contener la declaración judicial de que el proceso debe continuar a la etapa siguiente en donde debe desarrollarse el juicio de atribución. El juez debe hacer una doble declaración, la de certeza sobre la existencia del acto adecuadamente típico, y la de relación causal entre éste y el imputado o imputados plenamente identificados, de donde va a surgir la declaración presuntiva de culpabilidad que recae sobre el o los acusados. El análisis que el juez debe hacer en la etapa del juicio, se fundamenta en los medios de prueba que se hubiesen practicado durante el debate, cumpliendo los principios de la oralidad y publicidad, respetando el derecho de las partes al contradictorio, debiendo practicarse los actos procesales de prueba de manera continua y concentrada, siendo fundamental que el juez de la sentencia cumpla celosamente con el principio de inmediación que significa recibir la prueba de manera personal y directa.

No se puede desconocer que el auto de llamamiento a juicio es una providencia judicial, que resuelve la situación jurídica del imputado, a quien se coloca en situación de acusado. Este auto debe ser motivado porque el juez se encuentra ante el ineludible deber de explicar en la parte lógica de su providencia, cada uno de los fundamentos que llevan a la conclusión de que la instrucción fiscal ha cumplido las finalidades, debiendo mencionar tanto los presupuestos objetivos como los subjetivos del mencionado auto. En el auto resolutorio deben analizarse cada uno de los temas que fueron debatidos en la audiencia preliminar. Esto es, tanto los formales que tienen que ver con actos como una privación ilegal e inconstitucional de la libertad, como los sustanciales que están referidos a la existencia de elementos probatorios de cargo, igualmente deben valorarse con objetividad e imparcialidad todos los elementos de descargo que consten en un proceso.

- 4.- El juez actuante (el de la sentencia) tiene la obligación de hacer un análisis crítico de la acusación fiscal y de las pruebas, así como de las exposiciones jurídicas de las partes procesales escuchadas en la audiencia del juicio, para presumir razonablemente la existencia del delito, y la responsabilidad del acusado.

El Tribunal del juicio está obligado a observar que en el dictamen acusatorio se cumpla con la determinación de los elementos de prueba que den sustento a la acusación, tanto en cuanto a la existencia del delito que se imputa, como del nexo causal de la conducta atribuida con dicho resultado típico. Uno de los requisitos de forma de la sentencia es que se haga constar “la descripción clara y precisa del delito cometido”, esto es, que debe existir la declaración formal de que el delito por el cual se pretende juzgar a una persona en el juicio de culpabilidad, jurídicamente existió.

- 5.- Al no existir elementos probatorios de la existencia del delito imputado el Tribunal de juicio, no puede ni debe dictar una sentencia condenatoria, pues la misma demanda como

presupuesto de procedencia y de legitimidad, la certeza en el juez de la existencia jurídica del delito. Cuando los elementos de prueba en que se funda la acusación del fiscal en la audiencia del juicio son insuficientes lo que procede es que el juez dicte sentencia absolutoria, aun en el evento de que el juez tenga dudas sobre la existencia del delito. Solo la certeza judicial sobre dicha existencia, hace viable una sentencia de condena. La sentencia condenatoria tiene requisitos formales necesarios para su procedencia procesal, pues la misma debe determinar con precisión el acto adecuadamente típico cometido, así como la explicación sobre el *nexo causal* entre el acto delictivo y el acusado. Dicha sentencia debe ser debidamente fundamentada en el análisis del objeto y en el del sujeto activo, señalando así los límites dentro de los cuales debe ejercer su competencia el tribunal que es el juez del juicio y de la sentencia. Como la sentencia es un documento judicial que califica al objeto y al sujeto, debe cumplir rigurosamente con los requisitos que en forma expresa prevé la ley procesal, pues se trata de enervar el derecho a la presunción del estado de inocencia, que es una de las garantías del *debido proceso*, para sustituirlo por la certeza del estado de culpabilidad.

- 6.- Un requisito para la procedencia y validez de la sentencia de condena, es que en la misma se haga una valoración analítica y crítica de la acusación fiscal pues lo contrario sería convertir a la judicatura en dependiente de la fiscalía. La ley exige que la acusación fiscal entregue los resultados de su actividad como titular de la investigación a cuyo cargo recae la carga de la prueba o el *onus probandi*, los mismos que deben estar referidos a las finalidades de dicha etapa que se contraen a determinar la existencia jurídica del delito, así como la intervención de la persona acusada en el delito que es objeto del proceso. El juez no puede limitarse a hacer una mera descripción de los actos procesales practicados en la etapa del juicio, como ocurre en más de una ocasión, con grave quebranto del derecho a la defensa, pues corresponde al juzgador evaluar la prueba de acuerdo con las reglas de valoración de la prueba previstas en el art. 457 del COIP. En esta etapa del proceso

penal, el Tribunal debe analizar la prueba de manera prolija, es decir, de manera cuidadosa y esmerada, para concluir si la etapa del juicio cumple o no con las finalidades que prevé la ley procesal penal. Solamente la certeza y lejos de cualquier duda razonable, hace viable y legítima una sentencia condenatoria, fuera de esta posibilidad, la única opción coherente con la vigencia plena de un Estado de Derecho, es la absolución.

Exigencia de la motivación

Referido a la necesidad de la motivación que es también una garantía constitucional del debido proceso y parte de las garantías del derecho de defensa (Art. 76, numeral 7, letra l, CPR), expresamos, que es de exigencia y obligatorio cumplimiento la fundamentación de las peticiones, resoluciones y fallos judiciales tanto para atender la necesidad de garantizar la defensa de las partes en el *debido proceso*, como para atender el respeto a uno de los pilares básicos del Estado de Derecho y del sistema republicano, que fundado en la publicidad de los actos de gobierno y de sus autoridades y funcionarios que son responsables por sus decisiones, demanda que se conozcan las razones que amparan y legitiman tales decisiones.

Referido a la motivación de las sentencias, en concepto del profesor Jorge Zavala Baquerizo, “La motivación constituye un juicio lógico que se desarrolla alrededor de la pretensión. El juez al momento de sentenciar debe exponer a las partes y a la sociedad, las razones que ha tenido para resolver en la forma constante en la parte dispositiva de la sentencia... Para estimar o desestimar la pretensión punitiva, el juez debe ponerla en relación con el derecho objetivo... Pero, además en el caso que el juez estimare la pretensión punitiva, la motivación o parte lógica de la sentencia debe comprender también las causas de la calidad y de la cantidad de la pena, es decir las razones por las cuales se impone el máximo o no se admite la variación o, en su defecto, se atenúa la pena. Por otro lado, si se estima la pretensión se debe incorporar en la motivación el fundamento para establecer la calidad de la pena, o en su caso, la razón para que proceda la imposición de ciertas medidas de seguridad proyectadas inclusive

para el tiempo posterior al de la ejecución de la condena".¹⁰³

Como nos ilustra el profesor José Ignacio Cafferata Nores "la fundamentación de las resoluciones judiciales, para ser tal, requiere la concurrencia de dos condiciones. Por un lado, debe consignarse expresamente el material probatorio en el que se fundan las conclusiones a que se arriba, *describiendo* el contenido de cada elemento de prueba. Por otro, es preciso que éstos sean merituados, tratando de demostrar su ligazón racional con las afirmaciones o negaciones que se admitan en el fallo. Ambos aspectos deben concurrir *simultáneamente* para que pueda considerarse que la sentencia se encuentra motivada. Cualquiera de ellos que falte (tanto el descriptivo como el intelectual) la privará de la debida fundamentación".¹⁰⁴

La motivación exige además el razonamiento de los elementos probatorios que sirven de base o premisa para las conclusiones a que llega el juez. Como dice Cafferata Nores, "la mera enunciación o descripción de los mismos no satisface este requisito, porque no proporciona los elementos de juicios necesario para verificar si el mecanismo de discernimiento utilizado por el juez para arribar a determinada conclusión ha sido cumplido con respecto por las reglas de la sana crítica racional".¹⁰⁵

La sentencia condenatoria incumple estándares de credibilidad

No existe una adecuada motivación en la sentencia condenatoria que fue materia de la impugnación. Además, la Sala Penal que actúa como juez del juicio, pretende una fundamentación doctrinaria con citas de autores sin mención del libro, año, número de edición, así como la página de donde extrae la cita. Esta limitación del juez de la sentencia impide verificar o contrastar la credibilidad de la cita y la pertinencia de su aplicación en el argumento que sostiene.

Cito los casos:

1.- p. 582.

¹⁰³ ZAVALA BAQUERIZO Jorge, *El proceso penal*, tomo IV, Edino, Guayaquil, 1990, pp. 234-235.

¹⁰⁴ CAFFERATA NORES José, *Derecho Procesal Penal*, De Palma, 1995, p. 284.

¹⁰⁵ *En op. cit.*, p. 284.

Dicen los jueces:

“Precisamente, el tratadista colombiano Fernando QUICENO ÁLVAREZ fija los límites y alcances sobre el injusto de cohecho, en los siguientes términos:

“(…) Es un delito de corrupción –precisa Mendoza Troconis-, que comete el funcionario público que trafica con su autoridad para hacer o no un acto de sus funciones, y este abuso es considerado como grave porque el funcionario engaña a la sociedad y a la vez traiciona los deberes de su oficio. (...) La corrupción de funcionarios se denomina así mismo, cohecho o soborno, (...)”

Remitiéndonos al mismo autor, el delito de cohecho presenta varias modalidades, a saber:

“(…) Cohecho propio: Reza la norma penal colombiana: ‘El empleado oficial que reciba para sí o para un tercero, dinero u otra forma utilidad o acepte promesa o remuneración, directa o indirecta, para retardar u omitir un acto propio del cargo o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales (...)’

Según la norma transcrita –apunta Acevedo Blanco- son elementos que estructuran este delito: el empleado oficial en ejercicio de sus funciones, o sea el sujeto activo del delito; el sujeto pasivo, que es la administración pública, objeto al mismo tiempo de la protección penal; y el acto doloso descrito, o sea recibir paga o aceptar promesa remuneratoria por retardar, omitir lo que tenía que hacer el funcionario o ejecutarlo en contra de los deberes oficiales. (...) Pero, en particular, lo que individualiza el llamado cohecho propio es que dicho pacto es de naturaleza negativa: retardar, que no es hacer en el momento debido; omitir, que es no hacer en absoluto; y, ejecutar en forma contraria a los deberes que es la negociación del derecho. (...)” [subrayado fuera de texto]

“(…) Cohecho impropio: Abarca la norma penal al empleado oficial que acepte para sí o para un tercero, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirectamente, por acto que

deba ejecutar en desempeño de sus funciones. También al empleado oficial que reciba dineros u otra utilidad de persona que tenga interés en asunto sometido a su conocimiento. El sujeto activo y el sujeto pasivo de esta forma de cohecho –señala Acevedo Blanco-, son los mismos que los del cohecho propio: el empleado oficial en desempeño de sus funciones, y la administración pública que recibe daño en su incolumidad. a) El acto antijurídico descrito. Pero el acto constitutivo de la antijuridicidad, el dolo específico, sí es diferente: es un acto positivo: acto que debe ejecutar el empleado en desempeño de sus funciones. Es decir, que la aceptación de la paga o de la promesa remuneratoria se efectúa para cumplir con el deber, no para faltar a él como el cohecho propio. (...)” [subrayado fuera de texto]

“(...) Cohecho por dar u ofrecer: En el lenguaje de Enrico Pessina se llama a este tipo cohecho activo. Quienes siguen su pensamiento –Escribe Ferreira Delgado-, encuentran un delito de cohecho agotado por quien propone la dádiva, con su sola oferta. Bilateral será solamente en el caso de que el empleado oficial acepta la corrupción. (...)” [subrayado fuera de texto]

Sobre este mismo ilícito, el tratadista Donna, en su obra Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II, señala que “es el delito de corrupción del Código Italiano y Francés, cuyo origen se encuentra en el llamado crimen repeturandum de los romanos, (...)” y agrega lo que sigue:

“(...) El cohecho pasivo es esencialmente un delito de convergencia, de codelincuencia necesaria, ya que no puede haber cohecho pasivo si no existe cohecho activo, por ende es necesaria la participación de por lo menos dos personas: el funcionario público, por una parte, como autor especial propio, que es quien acepta o recibe el dinero o la dádiva o la promesa, y, por el otro, el sujeto activo, que ofrece el dinero o la dádiva, que tanto puede ser un particular o un funcionario público. (...)” [subrayado fuera de texto]

“(...), el cohecho activo está expresamente tipificado en otra norma, (...), en este tipo penal basta el ofrecimiento o la promesa al

funcionario público. Esto lleva a que no es necesaria la aceptación por parte del funcionario de lo ofrecido, a los efectos de que se consume el delito (...), bien dice Nuñez que al ser un delito bilateral supone la codelincuencia del funcionario con un tercero, aunque se haya legislado para ello un tipo penal especial, que lleva a que ambos tipos sean entre sí dependientes, y por ende no hay autonomía entre ellos.” [subrayado fuera de texto]”.

Comentario: No podemos verificar la autenticidad de las citas que se hacen de Fernando QUICENO ÁLVAREZ, Mendoza Troconis, Acevedo Blanco, Enrico Pessina, Ferreira Delgado y don Edgardo DONNA. Habla mal de una sentencia que los jueces se olviden o no sepan cómo se deben citar a autores cuando se hace una referencia doctrinaria para sustentar una argumentación. Se debe mencionar el libro, edición y año, así como la página de la que se extrae la información. La cita puede ser en formato Apa, Vancouver, Harvad, o en el formato que resulte más manejable para quien trabaja en la construcción de un argumento doctrinario.

p. 591

Dicen los jueces:

“a) Sujeto Activo:

Constituye la persona que efectúa la conducta establecida en el tipo; de ahí que se le refiere a este sujeto, con connotaciones como “el que” o “quien”; empero, a veces, la ley exige condiciones especiales a fin de constituirse en sujeto activo del delito; entonces, entre dichos ilícitos, que son denominados como “especiales” por el doctrinario Francisco Muñoz Conde, se encuentra el injusto de cohecho, cuyo sujeto activo es “aquella persona que, además de realizar la acción típica, tenga las cualidades exigidas en el tipo”; en este sentido, el artículo 285, inc. 1° CP (280, inc. 1° COIP) expresamente señala, que los que se hubieren hecho culpables de este delito, son “todo funcionario público y toda persona encargada de un servicio público”.

No obstante, lo anotado, el ilícito de cohecho tiene una doble

implicancia simultánea y dependiente en torno al agente activo, toda vez que el artículo 290 ejesdum (280, inc. 4° COIP) al prescribir “los que hubieren compelido (...)”, comporta que tal injusto sea considerado de “doble vía”, en la medida en que, también es sujeto activo del delito de cohecho cualquier persona natural, más allá de su función o cargo, justamente, a partir de la denominada “cláusula de equiparación”.

Para Juan BUSTOS RAMIREZ, tratadista chileno, el sujeto activo del cohecho es el funcionario público y, además, los jurados, árbitros, arbitradores, peritos, hombres buenos o cualesquiera personas que desempeñen función pública (sin que sea funcionario público). El comportamiento consiste en solicitar o recibir, por sí o por otro, dádiva o presente, o bien, aceptar ofrecimiento o promesa. Cabe recalcar, que el cohecho como en otros tipos legales establece una especie de delito de emprendimiento, en el sentido que cualquier acto de ejecución consume el tipo legal, no es necesario que haya recibir la dadiva, basta con la solicitud.

En el mismo sentido el tratadista argentino Edgardo DONNA señala que el cohecho pasivo es esencialmente un delito de convergencia, de codelincuencia necesaria, por ende, es necesaria la participación de al menos dos personas: el funcionario público, por una parte, quien es quien acepta o recibe el dinero, la dadiva o la promesa, y, por el otro quien ofrece el dinero o la dádiva, que tanto puede ser un particular o un funcionario público”.

Comentario: No podemos verificar la autenticidad de las citas que se hacen de Francisco MUÑOZ CONDE, de Juan BUSTOS RAMIREZ y de don Edgardo DONNA, porque los jueces se olvidaron o no saben cómo se deben citar a autores cuando se hace una referencia doctrinaria para sustentar una argumentación. Se debe mencionar el libro, edición y año, así como la página de la que se extrae la información.

p. 621.

Dicen los jueces:

“En esta misma línea argumentativa, el profesor español Jacobo López BARJA DE QUIROGA, acota lo siguiente:

“(…) El finalismo va a mantener lo que se conoce como el dolo del tipo (...) Así WELZEL define el dolo como conocimiento y voluntad de realizar el tipo. El objeto del dolo es la realización del tipo objetivo del delito, por lo que el dolo en sentido técnico finalista es únicamente la voluntad de actuar dirigida a la realización de un tipo delictivo. A partir de entonces el dolo va a considerarse constituido por dos elementos: el elemento cognitivo (el conocimiento) y el elemento volitivo (la voluntad). El elemento cognitivo implica el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del tipo y el elemento volitivo supone la voluntad de realizarlo”.

Comentario: Los jueces no señalan las obras con el título de las mismas, años de edición y página en que los autores Jacobo López BARJA DE QUIROGA y WELZEL, habrían dicho lo que dicen los jueces.

En p. 625 y ss. de la sentencia

Dicen los jueces:

“En el caso que nos atañe, la señora FGE analizó el cumplimiento de cada uno de los cuatro requisitos para que se aplique la autoría por aparatos organizados de poder o dominio de organización, como se conoce también a esta construcción conceptual planteada por el profesor Claus ROXIN en su obra *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, esto es poder de mando, la desvinculación del ordenamiento jurídico, la fungibilidad del ejecutor inmediato y la considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor, con el respectivo acervo probatorio de cada uno de estos elementos. No obstante, este Tribunal de mérito considera que tal hipótesis de la autoría no es aplicable al caso que se analiza, pues el propio ROXIN diferencia entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, siendo los primeros aquellos que no exigen una calificación especial para la autoría, mientras que los segundos se restringen a un grupo específico de personas que cumplen con la

calificación exigida en el tipo penal”.

Comentario: No se cumple la exigencia de mencionar el libro, año de edición y página en la que el profesor Claus Roxin habría dicho lo que aseguran los jueces que dijo.

Dicen los jueces:

“Este es justamente el caso de los denominados “delitos de infracción de deber” en los que lo decisivo no es la configuración o constitución externa de la conducta del autor, porque el fundamento de la sanción radica en que alguien contraviene las exigencias de prestaciones o rendimiento de un papel social asumido por el autor. Esta división es compartida por Günther JAKOBS, para quien debe diferenciarse entre la arrogación de organización, que se produce cuando las personas configuran el mundo exterior de manera deficiente, de aquellos casos en que las personas defraudan su rol o papel dentro de la sociedad y vulneran o infringen una institución, compartiendo por tanto la diferenciación entre delitos de dominio y de infracción de deber”.

A este grupo de denominados “delitos por infracción de deber” pertenecen los “delitos de funcionarios”, esto es aquellos que solo pueden ser cometidos a título de autor por quienes ostentan dicha calidad y que al actuar delictivamente defraudan su rol como tales e incumplen el deber pretípico que le incumbe”.

Comentario: No citan los jueces en que libro de la obra ecuménica del Profesor Günther JAKOBS consta la referencia, para poder verificar si es o no cierta la cita. Los jueces deben saber que existen normas que deben ser utilizadas cuando se hacen citas de autores, con más razón en una sentencia como esta.

Dicen los jueces:

“Para estos delitos de infracción de deber, de acuerdo a Claus ROXIN, debe descartarse completamente la idea del dominio del hecho, pues lo relevante es la infracción al deber atinente a

la función de quien realiza la conducta. En el caso de delitos de funcionarios y concretamente del cohecho, lo fundamental de acuerdo a esta posición teórica, por la que se decanta este Tribunal de primera instancia, es la infracción del deber de funcionario y en específico del deber de no recibir pagos para sí o para terceros, por actos propios de su cargo y menos aún, por actos que impliquen la comisión de otros delitos, como ha ocurrido en el caso in examine; por cierto, tal posicionamiento jurídico, tampoco conculca el principio de congruencia, toda vez que, como se analizó en párrafos anteriores, este órgano pluripersonal está obligado a aplicar el principio *iura novit curia*, entendido como la facultad y el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa -en este caso, la teoría jurídica pertinente-, así las partes no las invoquen expresamente, más aún cuando no se ha coartado la defensa de los justiciables, en la medida en que todas sus defensas, en sus alegatos de clausura -de una u otra forma-, tuvieron la oportunidad de rebatir la teoría planteada por FGE y bien hubiesen podido también cuestionar la teoría asumida por este Tribunal de mérito y otras de las varias teorías que existen en torno a la realización típica de injustos vinculados a corrupción, pero ninguna de ellas lo hizo, por falta de tecnicismo jurídico”.

Comentario: Nosotros, como parte de la defensa técnica, sostuvimos en el alegato final la inaplicabilidad de *autoría por dominio de organización*. Pero como nos podíamos referir o discutir la inexistencia de *delito de infracción de deber* (Claus Roxin) o de un *delito especial de garante* (Berdn Shunemann) si ese no era el planteamiento de la FGE ni se había planteado o discutido una teoría del caso referida a esa forma de autoría. No es como dicen los jueces que existió una *falta de tecnicismo jurídico*. ¡Ese no era un tema de debate así de simple y sencillo!

Por lo demás tampoco cumple la cita con mencionar el libro, año de edición y página en la que el profesor Claus Roxin habría dicho lo que aseguran los jueces que dijo.

Dicen los jueces:

“Efectivamente, en materia de autoría de las cabezas de estructuras criminales, varias son las posiciones que se han adoptado frente a la realización típica de delitos relacionados a corrupción, en los que actúan varios intervinientes. Una, la de autoría por dominio de organización que ha sido utilizada anteriormente por el Tribunal Supremo Alemán, el Tribunal Supremo Federal de Brasil y la Corte Suprema de Perú, -aunque en las dos primeras Cortes no hay uniformidad-, y que ha sido planteada en el presente caso por la señora FGE con suficiente base probatoria además, en la demostración de los cuatro elementos que exigen dicha teoría, que se reitera, son: poder de mando, la desvinculación del ordenamiento jurídico, la fungibilidad del ejecutor inmediato y la considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor. De aplicarse esta teoría, quien o quienes dirigen la estructura criminal tendrían la calidad de autores mediatos, por poder de mando, y quienes realizan los actos ejecutivos, la calidad de autores directos”.

p. 626

Dicen los jueces:

“Al respecto, este Tribunal de juicio plantea como respetable, pero inadecuada la aplicación de esta teoría en los delitos de infracción de deber, como es el presente caso; pues adicionalmente en un Estado constitucional de Derechos, el derecho penal debe penar conductas y no simplemente posiciones de mando, conforme se ha destacado por parte de Luis GRECO, catedrático de Derecho Penal de la Universidad Alexander von Humboldt de Berlín, en su crítica al uso de la autoría por dominio de organización en el caso “Mensalao”, lo cual, es recogido dentro de nuestro ordenamiento jurídico-penal interno en el artículo 22 COIP, que textualmente dice, lo que sigue:

“Art. 22.- Conductas penalmente relevantes.- Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables.

No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad,

peligrosidad o características personales.”

Comentario: Luis Greco es profesor de Derecho Penal, Procesal Penal y Derecho Penal Económico en la Universidad de Augsburg en Alemania. Los libros del profesor Greco están publicados en portugués salvo *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, publicado por Marcial Pons en el 2015 (es su tesis doctoral dirigida por el Prof. Claus Roxin), y *Complicidad a través de acciones neutrales* publicado por Hammurabi en el 2020. (El Tribunal hace una cita fuera de contexto, y sin relación alguna con lo afirmado up supra). No sabemos en verdad que dijo el profesor citado.

En p. 628

Dicen los jueces:

“En el mismo sentido, el profesor alemán Helmut FRISTER sobre la coautoría señala que los autores no cometen distintos hechos punibles, sino que intervienen en un hecho común, sus aportes deben ser valorados jurídicamente como una acción que se subsume, en su conjunto, en el tipo respectivo. La cuestión de si el aporte individual al hecho fue una condición necesaria del resultado es irrelevante. Los coautores son responsables de un resultado producido en común, incluso si el aporte al hecho de cada individuo puede ser suprimido mentalmente sin que el resultado desaparezca.

Por su parte, el catedrático español Francisco MUÑOZ CONDE, explica que en la coautoría las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada autor, independientemente de la entidad material de su intervención, lo cual, no enerva de la posibilidad de que estemos frente a un ‘delito continuado’, esto es que se ha perpetrado en el tiempo, en la especie, al menos durante los años 2012 al 2016, pues el tipo penal que se analiza se consumó cuando no hubo recepciones de pagos indebidos por una parte, en este punto intervienen los procesados”.

Comentario: No se sabe si en verdad el profesor Helmut FRISTER y el profesor Francisco MUÑOZ CONDE dijeron lo que los jueces

les atribuyen. No hay referencia a libro alguno, año de edición y página de la cita.

Desestimación de supuesta prueba de cargo en contra del acusado

El Tribunal del juicio lejos de valorar racionalmente la prueba de conformidad con el art. 457 del COIP se convirtió en caja de resonancia de la FGE.

Sobre la prueba

El profesor y catedrático emérito Claus Roxin dice que probar significa convencer al juez sobre la certeza de la existencia de un hecho. “Para la comprobación de las circunstancias importantes para los pormenores del hecho, la culpabilidad del autor y la medida de la pena, en suma para las llamadas cuestiones de la culpabilidad y cuestión de la pena, la ley ordena una formalidad rigurosa para la producción de la prueba; se habla aquí de *prueba rigurosa*. Ella esta doblemente restringida:

- 1.- Está limitada a los *medios de prueba* legales esto es a los imputados, testigos, peritos, inspección ocular y documentos.
- 2.- Estos medios de prueba solo pueden ser utilizados conforme a las reglas establecidas detalladamente...”¹⁰⁶

El profesor Roxin se refiere a *los hechos que necesitan ser probados*, en los que se puede diferenciar a aquellos hechos directamente importantes, a los indicios y a los hechos que ayudan a la prueba. Entre los *hechos directamente importantes* se cuentan todas las circunstancias que fundamentan por si mismas la punibilidad (el testigo que vio al imputado disparar) o la excluyen (el testigo que vio a Juan matar a Pedro pero le consta que Pedro lo agredió previamente).

Los *indicios* son hechos que permiten extraer una conclusión de un hecho directamente importante. Así por ej. El hecho de que el sospechoso del asesinato inmediatamente antes del hecho,

¹⁰⁶ ROXIN Claus, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Editores del Puerto, Buenos Aires, 25 a edición 2003, p. 185, 186.

lo amenazó de muerte o después del hecho quitó las manchas de sangre de su pantalón.

Hechos que ayudan a la prueba son los que permiten extraer una conclusión de la calidad de un medio de prueba. Por ej. La veracidad de la memoria de un testigo.¹⁰⁷

La Constitución Política de la República, con mucha claridad establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Para que exista justicia el acusado o acusada debe ser sometido a un proceso previo regulado por normas legítimamente aprobadas. De la misma Constitución se desprende que, la aplicación racional de la justicia no solo exige un proceso, sino que al interior de éste se hagan efectivas las garantías del debido proceso y además se deben observar los principios de: inmediación, celeridad y eficiencia... Complementa el mandato supremo al disponer que en la sustanciación de los procesos se deben incluir la presentación y contradicción de las pruebas con el sistema oral, cumpliendo los principios: dispositivo, de concentración e inmediación.

La explicación detallada anteriormente en la que se mencionan los principios rectores del procesamiento en el Ecuador, sería suficiente para puntualizar las radicales diferencias con la prueba aplicada en el *sistema inquisitivo*, pues en éste la inmediación era una farsa porque en la práctica se recogían pruebas a la distancia y a través de los auxiliares de juzgados o se permitían que el perito remita el informe con el mismo interesado; con el nuevo sistema la eficacia de la inmediación no puede ser soslayada por los operadores de la justicia, no hay prueba válida sin notificación o la otra parte para que ejerza el derecho de contradicción, no deberá existir prueba de oficio, puesto que esta actitud propia del sistema procesal pasado violenta el principio dispositivo, en fin, es conveniente destacar lo que hemos dicho, que no hay juicio sin proceso previo, que no hay prueba fuera del proceso, que no hay prueba que se consiga violando los principios constitucionales.

El hecho punible es un hecho histórico, es decir que sucedió en la

107 ROXIN Claus, *Derecho Procesal Penal*, ob. Cit. p. 187.

realidad y que debe ser demostrado en el proceso penal, tal demostración sólo es posible hacerlo mediante la prueba, para que el juez o tribunal califique jurídicamente el hecho y la responsabilidad de los que intervinieron en el mismo, la prueba entonces intenta representar en la forma más ajustada a la realidad, todos y cada una de las circunstancias de los actos que dieron vida a la infracción.

La finalidad primaria de la prueba es la demostración de la verdad, no la verdad real que sucedió antes del proceso penal, sino la verdad formal que permita reflejar en el ánimo del titular del órgano jurisdiccional la certeza respecto de la existencia o inexistencia pretérita del hecho controvertido.

La prueba es el factor básico sobre el que gravita todo el procedimiento, de ella depende cumplir con el fin último que es encontrar la verdad. La prueba es la práctica de los medios previstos, como declaraciones de testigos, de la víctima y del procesado, informes de peritos y documentos públicos o privados que sirven para dar certeza acerca de la verdad de una proposición. Todo medio factible de ser utilizado para el conocimiento de la verdad histórica y el conocimiento del responsable, es prueba. Resulta necesario determinar con exactitud cuáles son los medios de prueba y cómo esta prueba puede ser valorada para generar la certeza en los juzgadores. Debemos aclarar que no siempre la prueba concluye en el convencimiento positivo acerca del resultado, que es entregar certeza al juzgador sobre la existencia del delito y sobre la culpabilidad del justiciable, porque también la prueba permite concluir con probabilidad o duda en el sujeto cognoscente, en cuyo caso no habrá condena.

Nuestro Código Orgánico Integral Penal ubica a la prueba en una etapa procesal, disponiendo que debe ser producida en el juicio, ante los tribunales penales correspondientes, dejando como excepción al *testimonio urgente* que puede ser practicado por los jueces penales y las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción, que pueden alcanzar el valor de pruebas una vez que sean practicadas y valoradas en la etapa del juicio. En esta última afirmación, se concentra el sistema especial de prueba, al establecer que por regla general la prueba debe ser producida en el juicio, es

decir en la etapa de mayor trascendencia, ante los jueces que van a dictar sentencia.

Oportuno también es diferenciar al *objeto de la prueba* del *medio de prueba*, toda vez que expresamente nuestra legislación consagra como objeto de prueba a todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta investigación del caso, dicho con palabras sencillas, *objeto de la prueba* es todo lo que debe probarse, esto es la conducta o hecho que se investiga, las personas (autor, ofendido, testigo), las cosas en las que recae el daño o han sido instrumento para el cometimiento, y los lugares que contribuyen a la modalidad del delito, mientras que, *el medio de prueba* es el camino para describir cómo ese hecho se introduce en el proceso, es el acto o modo usado por las partes para proporcionar el conocimiento. La prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad penal del acusado.

Cuando el *medio de prueba* violenta a las garantías constitucionales, no importa su fruto, se considera que este fruto es *fruto del árbol envenenado*, por tanto, genera ineficacia probatoria, ineficacia que se extenderá a todas aquellas pruebas que, de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías. Nótese que la ineficacia probatoria por esta causa, irradia sus efectos a las demás contribuciones probatorias que se han desprendido de la principal; muy diferente es referirse a la *prueba ilegal* que por estar mal actuada o mal incorporada no tiene valor alguno, sin que sus efectos de ilegalidad contaminen a las demás pruebas relacionadas o vinculadas.

Materia de larga confusión doctrinaria ha sido la prueba presuntiva o prueba lógica, que nuestra legislación admite para establecer responsabilidad, siempre que se encuentre debidamente probada la existencia material de la infracción con prueba directa y no con otras presunciones, así como que se fundamente en *indicios probados, graves, precisos y concordantes*. La operación mental ayudada por la lógica que solamente puede realizar el ser humano es lo que se llama *presunción*, así se explica la facultad que concede al juez o tribunal para que basándose en indicios: probados, graves, precisos y concordantes pueda presumir el nexo causal entre la infracción y

sus responsables, siempre que la infracción se encuentre comprobada conforme a derecho no con otras presunciones, y que los indicios que sirvan de premisa sean: *varios, relacionados, unívocos y directos*.

Actualmente, no se discute la importancia de la prueba indiciaria dentro del proceso penal pues en la realidad son escasos los supuestos en los cuales la prueba del delito se realiza exclusivamente desde la prueba directa. Siguiendo este orden de ideas la prueba en cuestión, debidamente motivada, puede enervar la presunción de inocencia del imputado. Tal y como lo señala el Tribunal Constitucional de España, (EXP. N.º 04278-2011-PHC/TC) “(...) destacando que el juez penal es libre para obtener su convencimiento porque no está vinculado a reglas legales de prueba y, por ello, también puede llegar a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado a través de la prueba indirecta (prueba indiciaria o prueba por indicios), pero ésta debe ser explicitada en la resolución judicial”.

Indicios y presunciones

Podemos convenir en que los indicios y presunciones son auxilios probatorios establecidos por la ley o asumidos por el Juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando o complementando el valor o alcance de estos.

El *indicio* es todo hecho, circunstancia o signo suficientemente acreditado a través de los medios probatorios, que adquiere significación en su conjunto, cuando conduce al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido, relacionado con la controversia.

La *presunción* es el razonamiento lógico que, a partir de uno o más hechos probados lleva, al Juez, a la certeza del hecho investigado. La presunción es legal o judicial.

Sobre el *indicio*, pueden ser las circunstancias en que sucedieron los hechos materia de la controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes. El *indicio* puede probarse por cualquier medio de prueba y entre aquel y el hecho presumido ha de existir

un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

Actos, circunstancias o signos suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al Juez a la certeza o convicción en torno a un hecho relacionado con la controversia. Pueden ser las circunstancias en que sucedieron los hechos materia de la controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes.

El *indicio* es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y en general todo hecho conocido que mediante la vía de la inferencia nos lleva al conocimiento de otro hecho desconocido.

A lo dicho sobre la motivación de decisiones judiciales y de la sentencia debemos agregar

El enciclopédico y erudito más importante de las ciencias penales ecuatorianas, el profesor Jorge Zavala Baquerizo, dejó plasmadas sus explicaciones magistrales sobre el proceso penal en 11 tomos, y dedicó una parte de su obra monumental al estudio de la *sentencia* y a explicar su motivación. Hay que estudiar al profesor Zavala Baquerizo y aplicar correctamente sus conocimientos, al emitir resoluciones y sentencias.

Dice el profesor Zavala Baquerizo, "la sentencia es el acto procesal fundamental, debidamente documentado, de resolución definidora y definitiva por el cual el juez estimando o desestimando la pretensión punitiva emite una motivada manifestación de voluntad en nombre del Estado, condenando o absolviendo al acusado".¹⁰⁸

La sentencia debe estimar o desestimar la pretensión punitiva y al hacerlo debe exponer en la misma todos y cada uno de los motivos que fundamenten dicha estimación o desestimación. Es decir que comprende el estudio de los fundamentos fácticos y jurídicos de dicha pretensión, todo lo cual es desarrollado en la parte lógica o motivada de la sentencia.¹⁰⁹

¹⁰⁸ ZAVALA BAQUERIZO Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo IX, EDINO, Guayaquil, 2007, p. 115- 116.

¹⁰⁹ ZAVALA BAQUERIZO Jorge, *ob. cit.* p. 117.

La *motivación de la sentencia* es el resultado de la labor de la valoración de los medios de prueba practicados en el proceso los cuales deben ser interpretados correcta y no antojadiza o arbitrariamente por el juez o tribunal. Como dice el profesor Zavala Baquerizo, “interpretar un medio de prueba es descifrar el significado del mismo... el juez está obligado a hacer una interpretación del hecho a través del medio de prueba; debe analizarlo con mucho cuidado a fin de darle la valoración correcta, la valoración que, de acuerdo a su criterio, a su cultura jurídica, a su experiencia y a los dictados de la ley le corresponde”.¹¹⁰

Cuando el juez realiza la interpretación de los medios de prueba y los valoriza, se forma un juicio y elabora una conclusión. Esta conclusión se encuentra comprendida en la sentencia y a esa conclusión llega el juez a través de los razonamientos que constan en la parte lógica de la sentencia. Esta labor de interpretación, de análisis y de valoración de la prueba y de los medios de prueba, es verdad que la realizan en su momento la fiscalía y los defensores de las partes procesales, pero el juez tiene el sagrado deber de administrar justicia. Esta función la hace a nombre del Estado definiendo la situación del justiciable. “Es una manifestación de voluntad imperativa que hace el juez a nombre del Estado por autorización de la Ley”.¹¹¹

El Tribunal Constitucional español – la mayoría de las veces en que se ha pronunciado- señala que se viola el derecho fundamental a la debida motivación cuando ésta es insuficiente, entendiendo por insuficiencia al “mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. (...). La insuficiencia (...) sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la ‘insuficiencia’ de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo”.¹¹²

Don Luigi Ferrajoli, afirma, “las constituciones, los principios y derechos fundamentales establecidos en las mismas, pasan, así, a configurarse como pactos sociales en forma escrita que circunscriben

¹¹⁰ ZAVALA BAQUERIZO Jorge, ob. cit. p. 119.

¹¹¹ ZAVALA BAQUERIZO Jorge, ob. cit. p. 121.

¹¹² Ver: STC N° 0728-2008-PHC (FJ. 7d); STC N° 0079-2008-PA (FJ. 11 d); y STC N° 0896-2009-PHC (FJ. 7 d).

la esfera de lo indecible, esto es, aquello que ninguna mayoría puede decidir o no decidir; de un lado; los límites y prohibiciones de garantía de los derechos de libertad; de otro lado, los vínculos y obligaciones en garantía de los derechos sociales”.¹¹³

Jordi Nieva Fenoll, advierte que “con los criterios ofrecidos, a la hora de valorar lógicamente el dictamen el juez contará por lo menos con una serie de puntos objetivos en que apoyarse”¹¹⁴. Así mismo, Taruffo revela que “es conveniente insistir sobre estos aspectos desde la motivación que el juez debe desarrollar en torno a la prueba científica dado que también en este ámbito particular están presentes en la doctrina y la jurisprudencia orientaciones poco rigurosas e inadmisibles (...) el juez tiene una obligación específica de motivación sólo cuando estima que no debe seguir la opinión del experto o que no debe tomar en consideración una determinada prueba científica”.¹¹⁵

Zavaleta Rodríguez dice con mucha firmeza: “una decisión es irrazonable, en términos amplios, cuando no respeta los principios de la lógica formal, contiene apreciaciones dogmáticas o proposiciones, sin ninguna conexión con el caso; no es clara respecto a lo que decide, por qué decide y contra quien decide; no se funda en los hechos expuestos, en las pruebas aportadas, así como en las normas o los principios jurídicos y, en general, cuando contiene errores de juicio o de actividad que cambian los parámetros y el resultado de la decisión”.¹¹⁶

Algunas precisiones sobre la prueba

De la obra importante del profesor Jordi Nieva Fenoll citada *up supra* extraemos algunas consideraciones sobre la prueba.

113 FERRAJOLI Luigi, *Democracia y Garantismo*, 2da edición. Madrid: editorial Trotta, 2010, págs. 65-66.

114 NIEVA FENOLL Jordi, *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, pág. 298.

115 TARUFFO Michelle, “Ciencia y Proceso”. En: *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: editorial Marcial Pons, 2009, pág. 456.

116 ZAVALETA RODRIGUEZ Roger, *Razonamiento judicial, interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*, Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2004, pág. 368.

Principios de la prueba

Credibilidad. Admisibilidad. Pertinencia. Relevancia. Necesidad. Idoneidad. Confiabilidad. Legitimidad. Abundancia.

Parámetros para valoración de prueba de testigos

Coherencia. Contextualización (recuerda lugares, describe cosas) Corroboración. Que otras pruebas corroboren o confirmen lo que dice el declarante. Valorar la existencia de lo que se llaman comentarios oportunistas. Hay que tener cuidado con la posibilidad de que el testigo haya sido preparado por el abogado. Debe tratarse de temas relevantes como tono de voz, su aspecto físico, la hora aproximada. Juez puede decir en su sentencia. Creo al testigo porque era coherente. Podía recordar y describir el lugar donde se produjeron los hechos. Otras pruebas corroboran lo que ha dicho. No ha hecho comentarios oportunistas.

Esa es una buena fundamentación de la sentencia. Hay que saber interrogar para que narre o relate el testigo sin inducir las respuestas.

Para la valoración de la prueba pericial

Hay que empezar por valorar al perito. ¿Quiénes? Su especialidad. Estudios realizados. Publicaciones. Su experiencia como científico. Su experiencia como perito. Solamente se dedica a los peritajes. Puede tener una plantilla en el computador y va llenando los espacios para presentar sus dictámenes.

Luego se valora el dictamen pericial. ¿Es coherente? ¿Es accesible? ¿Está bien redactado? ¿Se lo entiende bien? Perito debe explicar el fundamento científico de sus conclusiones. Sirve por ejemplo los *criterios Dauber* de la sentencia de Suprema Corte de USA. Perito debe aportar estudios que avalen sus conclusiones. Margen de error. Si sus métodos se ajustan a criterios científicos. Calidad de publicaciones que acompaña o cita que deben estar indexadas.

No hay conclusión científica 100 por cuánto segura. Debe decirnos el grado de acierto y por ende el margen de error. También el grado de confirmación de su hipótesis.

Sobre la prueba documental

Jordi Nieva Fenoll nos recuerda que la ciencia que se encarga de valorarla se llama semiótica textual. Examina su contenido, contextualización del documento y la modalidad del documento. Para que fue hecho el documento? Modalidad del documento. Tipo de lenguaje que utiliza.

No es lo mismo suscribir un documento que contiene una hipoteca o redactar un email. La persistencia del email, su contenido, puede revelar que se fue ganando su confianza para luego hacerlo firmar. Puede servir para probar un engaño o fraude

Por nuestra parte insistimos en la necesidad de la valoración racional de la prueba

Decir que algo está probado es qué hay un nivel de corroboración suficiente, que requiere de determinados estándares. ¿Cuándo es suficiente?

Hay que ver si se cumplen los estándares para afirmar que la hipótesis (de culpabilidad) está probada. Decir que algo está probado es decir qué hay corroboración suficiente. Los estándares de la prueba pueden ser diferentes para lo civil y lo penal.

Decir que un hecho está probado requiere aquí *motivación suficiente* que surge del acervo probatorio. Lo cual permite impugnar la decisión para ante un juez superior. Hay que trabajar con el razonamiento probatorio. Cuál es el objetivo de la prueba en el proceso penal. La averiguación de la VERDAD. Aunque se afirme que no hay verdad absoluta, pero si hay verdad procesal a la que debe llegarse a través de prueba debidamente practicada y adecuadamente valorada.

Sobre la prueba de la existencia de una supuesta organización criminal

La existencia de una estructura delictiva con cinco niveles de conformación, que el poder y el dinero fueron las principales motivaciones de la estructura encontrada, personas involucradas sobre las cuales se ejerció poder, impacto económico claro, establecimiento de jerarquías...

Estas, entre otras, fueron las conclusiones a las que llegó la perita en la *perfilación criminal* que realizó por orden de la Fiscalía en este caso.

Poco importó al Tribunal para valorar adecuadamente el valor científico de la pericia apreciar que no es una profesional en el campo de la criminología con especialidad en *perfilación criminal* sino que cuenta con certificados de cursos realizados sin el aval de una Universidad o Facultad.

El *perito* basó sus conclusiones en cinco entrevistas, y en la información de las coacusadas.

El valor de las declaraciones del cooperador

La FGE incurrió en manifiesto *fraude procesal* al afirmar que no se podía imputar en este proceso al cooperador y representa legal de una trasnacional que supuestamente habría entregado según propia declaración a la coacusada, 2.5 millones en el 2013 y 2.6 millones en el 2014, mas alrededor de 450 mil dólares a la compañía familiar de la coacusada y de su conyugue.

El argumento de la FGE era de que debía respetarse el *non bis in idem* (no dos veces sobre lo mismo) porque el cooperador había sido condenado en Brasil por los hechos que son materia de este proceso. Como expresamos en el *alegato final* esto es absolutamente falso pues en el documento de *delación premiada* consta que el coopera-dor ha sido condenado en Brasil por nueve delitos cometidos en Ecuador, sin que haya sido condenado por los supuestos *sobornos* entregados los años 2013 y 2014.

Hay un hecho que no puede pasar desapercibido, en el testimonio rendido por el cooperador como *colaborador eficaz* en el año 2017 en el proceso penal en contra del J G E y otros por una supuesta Asociación Ilícita, dijo que el ciudadano R le había solicitado un millón de dólares como aporte de campaña y que no había entregado ese dinero.

Por esas y otras razones era importante el testimonio del cooperador en la audiencia de juicio y aunque fue una prueba anunciada oportunamente y admitida a trámite, el tribunal del juicio terminó negando la práctica de esa prueba, violando el derecho de defensa del acusado.

El valor de las declaraciones de las coacusadas

Se trata de personas *co procesadas* protegidas y que se sometieron a un procedimiento de *delación jeremiada* bajo la figura de la cooperación eficaz. Impidieron que se ejerza el *derecho al contradictorio* al rendir testimonio como prueba anticipada y aunque era su derecho guardar silencio y negarse a responder, sus dichos no pueden servir como prueba en contra de terceros.

El profesor Francisco Muñoz Conde en una de sus publicaciones¹¹⁷ pone en evidencia la falta de valor de las declaraciones de los coimputados por el interés que tienen de beneficiarse en perjuicio de terceros. En STC del 29/7/98 citada en p. 19 y siguientes se refiere a la valoración de la declaración de un coimputado y en el caso analizado, “los coacusados una vez que vieron que contra ellos si había pruebas abrumadoras de su participación, decidieron implicar a los más altos cargos”.

Recuerda Muñoz Conde que cuatro magistrados del Tribunal sostuvieron que dichas declaraciones, “no son suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, ya que no fueron realizadas espontáneamente, que revelan el explicable interés de los otros acusados en inculpar a unas personas cuya relevancia política podría facilitar la concesión de un indulto en caso de condena”.

117 MUÑOZ CONDE Francisco, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Hammurabi, 3ra. Edición 2010.

Las dificultades que depara la valoración de las declaraciones de los coacusados no son más que el reflejo de las mismas dificultades que tiene la doctrina procesal para conceptualizarlas jurídicamente. En realidad, la mayoría de los autores consideran que las declaraciones de los coimputados o coacusados no son prueba o que en todo caso no pueden ser consideradas al mismo nivel que la prueba testifical”.¹¹⁸

Luego agrega el catedrático español, “Es un hecho ya de antiguo conocido que el acusado en un proceso penal tiende a evadir su propia responsabilidad o por lo menos a reducirla hasta límites más soportables echándole la culpa a otros acusados, o implicando a otros en las culpas propias ”.¹¹⁹

Nos recuerda que el Tribunal Supremo Constitucional (STC, 49/1998) ha dicho que la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando siendo única... no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas en contra del recurrente.¹²⁰

Dice Francisco Muñoz Conde, “personalmente, creo que darle valor probatorio a la declaración del coimputado en sí misma supone abrir la puerta al derecho fundamental a la presunción de inocencia y a prácticas que pueden convertir al proceso penal en una auténtica fuente de chantajes, acuerdos interesados entre algunos acusados y la policía y el ministerio público con consiguientes retiradas de la acusación contra unos para conseguir la inculpativa y condena de otros. Nada bueno para el Estado de Derecho. Por todo ello reiteramos que la declaración del coimputado no es en sí misma considerada una verdadera y auténtica prueba de cargo”.¹²¹

La Corte IDH ha manifestado, “En relación con el alcance del principio de presunción de inocencia, la Corte resaltó que este principio es un eje rector en el juicio y un estándar fundamental en la apreciación probatoria que establece límites a la subjetividad y discrecionalidad de la actividad judicial. Así, en un sistema

118 MUÑOZ CONDE Francisco, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, ob. cit. p. 76-77.

119 MUÑOZ CONDE Francisco, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, ob. cit. p. 81.

120 MUÑOZ CONDE Francisco, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, ob. cit. p. 84.

121 MUÑOZ CONDE Francisco, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, ob. cit. p. 88.

democrático la apreciación de la prueba debe ser racional, objetiva e imparcial para desvirtuar la presunción de inocencia y generar certeza de la responsabilidad penal. Respecto del valor probatorio de las declaraciones de coimputados, la Corte resaltó que las declaraciones de los coacusados revisten valor indiciario y, por consiguiente, forman parte de la prueba indirecta o indiciaria, debiendo valorar sus contenidos conforme a los principios de la sana crítica; es decir, que para alcanzar una condena es necesario que sean varios los indicios y que, entre ellos, sean serios y precisos, así como concordantes. El coimputado no tiene el deber de presentar declaraciones dado que realiza un acto sustancial de defensa, a diferencia del testigo”.¹²²

El valor probatorio del préstamo de 6 mil dólares

El Tribunal del juicio llega al infundado razonamiento sin sustento probatorio, que los seis mil dólares que recibió el acusado como préstamo de un Fondo Solidario que había sido creado en la Presidencia y que funcionó hasta el año 2015, habría sido parte de los supuestos *sobornos*. La FGE había dicho sin rubor alguno que ese dinero era efectivamente parte de los *sobornos* de la trasnacional.

Concluimos

Solicitando que de mantener el tribunal de alzada la *ausencia de una causa de nulidad de la sentencia*, luego de un examen exhaustivo de la misma, se la revoque; y, en consecuencia, se ratifique el estado de inocencia que le asiste al justiciable dictando una sentencia absolutoria.

¹²² Caso Zegarra Marín vs Perú. Resumen oficial. Sentencia de 15 de febrero de 2017.

CAPÍTULO 5

ESTÁNDARES PARA LA PRUEBA ILÍCITA

El jurista y constitucionalista Miguel Carbonell, refiriéndose a una reforma constitucional en México, dice en uno de sus trabajos¹²³: “La fracción IX del apartado A del artículo 20 incorpora a nivel constitucional, a partir de la reforma publicada el 18 de junio de 2008, un principio que ya figuraba en varios códigos de procedimientos penales y que es muy conocido en el derecho comparado. Nos referimos al principio de exclusión de las pruebas obtenidas ilícitamente. En el caso específico de la fracción mencionada se establece que dicha ilicitud acontece cuando la prueba se obtiene violando derechos fundamentales y además se señala que la consecuencia será la nulidad de la misma, es decir su inexistencia para cualquier efecto jurídico dentro del proceso penal respectivo o en cualquier otro que se inicie con posterioridad”.

Como dice el mismo autor, se trata de evitar que hechos viciados de inconstitucionalidad y de ilicitud se conviertan en herramienta de trabajo de policías - y hoy podríamos agregar de malos fiscales - y para ello es necesario que se repudien y no se admitan tales prácticas. “La justificación de la norma contenida en la citada fracción IX se encuentra en el hecho de que las autoridades no deben violar derechos fundamentales en el curso de una investigación y, si lo hacen, dicha violación debe ser “neutralizada” dentro del proceso, con independencia de la responsabilidad concreta a la que pueden hacerse acreedores los agentes responsables de la misma.

¹²³ CARBONELL Miguel, *No admitamos las pruebas ilícitas*. Publicado en *El mundo del abogado*, número 115, México, noviembre de 2008, pp. 20-22

De otro modo los agentes de la autoridad contarían con buenos incentivos para investigar violando derechos fundamentales. Y no solo eso, sino que además se estaría permitiendo una doble violación de derechos: una primera a través de la obtención de la prueba ilícita (por ejemplo a través de la entrada en un domicilio sin orden judicial o de la interceptación de comunicaciones privadas), una segunda a través del uso de ese material en un proceso, en perjuicio de la víctima de la primera violación. El principio que estamos analizando se proyecta solamente respecto de la segunda violación; la primera tendrá que ser reparada y sancionada por medio de los cauces procesales correspondientes”. Es decir que debe ser repudiada la admisión de esa prueba ilícita en un proceso penal, y se debe sancionar igualmente la conducta del mal servidor policial que obtiene la evidencia mediante un acto delictivo como la violación de domicilio, o una escucha telefónica indebida, o una grabación o interceptación de correspondencia no autorizada.

El profesor Carbonell de la UNAM de México nos dice, que en la jurisprudencia norteamericana se han desarrollado ciertos estándares que permiten aceptar que, bajo ciertas circunstancias, no hay conexión lógica entre una primera violación de derechos y otros elementos de prueba que pretendan presentarse a juicio; entre dichos estándares se encuentran la teoría de la fuente independiente, el principio de conexión atenuada y la regla del descubrimiento inevitable. Mencionamos estos estándares que sirven para alimentar el debate doctrinario.

De acuerdo con la teoría de la fuente independiente, serán aceptables en juicios las pruebas que derivan de una fuente que no haya sido “contaminada” por una actuación policiaca violatoria de derechos fundamentales. Un precedente importante en esta definición se encuentra en *Silverthorne Lumber Co. Versus United States*, de 1920. En realidad no estamos frente a una teoría que limite el principio de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida, sino frente a un ámbito exento del mismo, toda vez que la prueba en cuestión no está relacionada lógicamente (por derivar de una fuente independiente, “limpia”) con una cierta violación de derechos fundamentales.

Según la teoría de la conexión atenuada, se considera que no es aplicable la regla de exclusión cuando la distancia entre la prueba viciada y una segunda prueba no permita considerar que la primera afecta a la otra, de forma que la mancha original haya sido “borrada”. Así lo sostuvo la Suprema Corte estadounidense en *Nardone versus United States*, de 1939, y en el caso de *Wong Sun versus United States*.

Hay ciertos elementos que la teoría procesal penal norteamericana ha ido reconstruyendo para advertir cuando una “mancha” ha sido en efecto limpiada y no afecta a la admisión de pruebas dentro de un proceso. Entre tales factores se menciona : a) el tiempo transcurrido entre la primera ilegalidad y la obtención de las pruebas derivadas (si el tiempo es mayor existen más probabilidades de que un tribunal admita la prueba derivada); b) los acontecimientos que intervienen entre la primera ilegalidad y la obtención de las pruebas derivadas (si la cadena lógica es muy extensa, es más probable que la prueba sea admitida; si tal cadena es corta, dada la inmediatez de la obtención de la prueba derivada, la inadmisión es más que probable); c) la gravedad de la violación originaria, dentro de la cual se aplica la máxima según la que si el árbol está más envenenado, será más difícil que sus frutos estén sanos; d) la naturaleza de la prueba derivada.

La teoría del descubrimiento inevitable permite admitir una prueba a juicio, aunque haya derivado de otra obtenida ilícitamente, siempre que el descubrimiento de la segunda se hubiera producido incluso sin la existencia de la primera, de forma inevitable. Esta teoría fue asumida por la Suprema Corte de los EUA en la sentencia *Nix versus Williams*, de 1984.

Las tres teorías que hemos brevemente apuntado suponen limitaciones a la doctrina de los frutos del árbol envenenado. Hay también que considerar que la regla de exclusión está limitada por la excepción de buena fe, la cual se configura cuando un agente de policía actúa de buena fe, pero viola un derecho fundamental. Esta excepción ha sido admitida por la Corte estadounidense en su sentencia *United States versus Leon*, de 1984. Se trata de una excepción

que se aplica al caso de que un agente de la autoridad realice un registro o una detención sobre la base de una orden judicial que él pensaba que era válida, pero que luego se demuestra que carecía de los elementos legales que debía acompañarla.

Ahora bien, la propia jurisprudencia ha limitado a esta limitación (configurando una especie de “límites de los límites” o “límites de la excepción”). No podrá argumentarse que hubo buena fe por parte de los agentes de la autoridad cuando la autorización judicial derivó de una declaración jurada falsa del propio agente o de uno de sus superiores (*Franks versus Delaware*, de 1979), cuando el juez en cuestión carece de neutralidad respecto al caso (*United States versus Leon*, ya mencionado), cuando faltan indicios suficientes en la declaración jurada (*Illinois versus Gates*, de 1983), cuando la orden es omisa por lo que hace a la particularidad de la delimitación del ámbito de la autorización a la policía, lo cual acontece cuando se da una orden genérica de cateo, sin señalar lo que se debe buscar o el lugar preciso en que se debe dar la búsqueda (*Massachusetts versus Sheppard*, de 1984), o bien, para terminar, cuando existen defectos en la ejecución de la orden judicial que autoriza un registro (de nuevo en *United States versus Leon*).

Por nuestra parte agregamos, que debemos estar prevenidos frente a situaciones que pueden ser provocadas por la propia policía que puede esgrimir el argumento de *actuar de buena fe* y luego acudir a una suerte de *hallazgo de suerte* para presentar una evidencia incriminatoria. Creemos que es válido utilizar y aplicar el *principio de la ponderación* de los bienes jurídicos, de manera que estará por una parte el interés por buscar y encontrar la verdad, y por otras garantías como el *principio de presunción de inocencia*, y el de la *lealtad y buena fe procesal*, en constituciones como la nuestra se reconoce la preeminencia del *principio pro homine* o a favor del ciudadano y no del propio Estado como se consigna en el Art. 417 de la Constitución del 2008 de Montecristi.¹²⁴

124 “Art. 417: Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios *pro ser humano*, de *no restricción de derechos*, de *aplicabilidad directa* y de *cláusula abierta* establecidos en la Constitución”

La prueba ilícita en Ecuador

Si un proceso se inicia por grabaciones de audio y de video que de *muto proprio* hace cualquier ciudadano, sin contar con la autorización escrita de un juez penal dirigida a un fiscal para que las realice, carecen de eficacia y valor probatorio alguno. Esta era la situación con el CPP del 2000 como fue inicialmente promulgado. En Ecuador, la inadmisibilidad o ineficacia, es la única respuesta constitucional y procesal posible, pues el Art. 76 numeral 4 de la Constitución de 2008 dice, “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”.

El Art. 80 del CPP del 2000, expresaba, “**Ineficacia probatoria.-** Toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías”.

Este criterio de ineficacia se extiende, por ejemplo, a los peritajes que se hubiesen efectuado sobre las grabaciones de audio y de video obtenidas ilícitamente, esto es sin cumplir el mandato del Art. 155 ibidem., que dice, “ **Intercepción y grabaciones.-** El juez puede autorizar por escrito al fiscal para que intercepte y registre conversaciones telefónicas o de otro tipo, cuando lo considere indispensable para impedir la consumación de un delito, o para comprobar la existencia de uno ya cometido, o la responsabilidad de los partícipes.

La cinta grabada deberá ser conserva por el fiscal, con la transcripción suscrita por la persona que la escribió.

Las personas encargadas de interceptar grabar y transcribir la comunicación tienen la obligación de guardar secreto sobre su contenido, salvo cuando se las llame a declarar en juicio”.

Mientras que el Art. 83 del Código de Procedimiento Penal del 2000 indicaba: ‘**Legalidad de la prueba.** La prueba sólo tiene valor

si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de éste Código. No se puede utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad. Tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito’.

No se puede actuar a base de la llamada prueba ilícita como la que se pretende en ocasiones utilizar para que se inicie un proceso penal, porque debe prevalecer el **principio de exclusión absoluta** previsto en el Art. 76 numeral 4 de la Constitución Política del Ecuador, con observancia de lo señalado en el Art. 155 del Código de Procedimiento Penal del 2000, que disponía que solamente un juez penal puede conceder por escrito autorización previa a un fiscal para que haga grabaciones de audio y/ o de video, y si esto no se cumple preprocesalmente, como cuando las grabaciones las hace un ciudadano particular, *las mismas carecen de eficacia probatoria alguna por expreso mandato constitucional!* En el caso de los llamados “Pativideos” JAMAS se inició un proceso penal porque existía *prueba ilícita*.

El Código de Procedimiento Penal del 2000 reformado, permitía que las víctimas de delitos puedan hacer grabaciones del hecho delictivo. Siempre terminará valorándolas el juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica, y hay que estar prevenidos para evitar *supuestas pruebas* como cuando hay inducción a la comisión del delito. Habría que examinar caso por caso para saber si tal grabación fue espontánea o planificada, caso éste último en que debería ser excluida por inconstitucional.

El Código Orgánico Integral Penal. Libro Segundo Procedimiento, en la Sección Primera (Actuaciones especiales de investigación), contenida en el Capítulo Segundo, del TITULO IV PRUEBA en forma exhaustiva desarrolla el procedimiento que se debe utilizar para la retención de correspondencia (Art. 471), Interceptación de las comunicaciones o datos informáticos (Art. 472), Reconocimiento de grabaciones (Art. 473), Conservación de datos y registros (Art. Art. 474). El juez de garantías penales tiene competencia para

autorizar a petición fundada de la fiscalía uno cualquiera de los actos de investigación y de prueba que conllevan una limitación del derecho a la intimidad de los ciudadanos. Se trata de preservar el derecho a la intimidad y a la reserva del buen nombre, mismo que puede ser fracturado en circunstancias de excepción.

Esta circunstancia se da de manera señalada en el COIP, que dice “**Artículo 471.- Registros relacionados a un hecho constitutivo de infracción.-** No requieren autorización judicial las grabaciones de audio, imágenes de video o fotografía relacionadas a un hecho constitutivo de infracción, registradas de modo espontáneo al momento mismo de su ejecución, por los medios de comunicación social, por cámaras de vigilancia o seguridad, por cualquier medio tecnológico, por particulares en lugares públicos y de libre circulación o en los casos en que se divulguen grabaciones de audio o video obtenidas por uno de los intervinientes, en cuyo caso se requerirá la preservación de la integralidad del registro de datos para que la grabación tenga valor probatorio.

En estos casos, las grabaciones se pondrán inmediatamente a órdenes de la o el fiscal en soporte original y servirán para incorporar a la investigación e introducirlas al proceso y de ser necesario, la o el fiscal dispondrá la transcripción de la parte pertinente o su reproducción en la audiencia de juicio”.

Breve comentario: Se prevé la posibilidad y tiene pleno valor la grabación que realice uno de los intervinientes, nos preocupa que se puede manipular la posibilidad de llegar a la grabación de manera deliberada para causar daño o para sacar provecho.

La exclusión de la prueba ilícita y sus límites

Con respecto al tema de la denominada *prueba ilícita en el Ecuador y desde la Constitución del 10 de agosto de 1998*, y con la vigente se consagra el respeto al *principio de exclusión absoluta de la prueba ilícita*.

La Constitución Política de la República, vigente, fue aprobada mediante *referéndum* del 28 de septiembre del 2008, proclamada

oficialmente el 15 de octubre de 2008 y publicada en el RO 449 del 20 de octubre del 2008, y la misma consagra que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, por lo que la actuación de los servidores de la justicia debe responder a los principios y disposiciones constitucionales como una garantía de los derechos, limitación del poder estatal y la realización de la justicia.

En el Art.66 de la Const. Pol., se reconocen como garantías de las personas, en derecho a la *intimidad personal y familiar* (numeral 20), y el *derecho a la inviolabilidad de la correspondencia física y virtual*, pudiendo ser abierta y examinada de manera excepcional, previa intervención judicial, protegiéndose de igual manera cualquier otro tipo o forma de comunicación (numeral 21). En el Art. 76 *ibidem* se dice a la letra: “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria” (numeral 4).

En el COIP se prevé quien es el titular del ejercicio de la prueba o de la fuente o medio de prueba, el mecanismo de procedencia, así como el órgano encargado de dicha recepción, cuando se trata tanto de grabaciones de audio como de grabaciones de video.

El fiscal no tiene facultad o competencia alguna para decidir de *motu proprio* el valor de las grabaciones de audio o de video, violando el mandato constitucional del Art. 76 numeral 4, pues el Ecuador se proclama como Estado de Derecho en el numeral 1 de la Constitución. En el Art. 11 numeral 3 se determina que “Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, serán de directa e inmediate aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”. El numeral 4, prevé que “ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”. Recordemos que en materia de derechos y garantías constitucionales, se debe estar a la interpretación que mas favorezca su efectiva vigencia y que ninguna autoridad puede exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley para el ejercicio de tales derechos, y que el más alto deber del Estado

consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución (numeral 9).

Resulta de fundamental importancia recordar la presente excepción procesal penal perentoria, de *ineficacia probatoria* por manifiesto *vicio in procedendum* de la información que se puede obtener lesionando el derecho a la intimidad. Las reformas del 2009 al Código de Procedimiento Penal del 2000 prevén la excepción de la autorización cuando se obtienen las grabaciones por cámaras de seguridad o en lugares públicos, así como tampoco se requiere de la autorización cuando se divulguen grabaciones de audio o de video obtenidas por uno de los intervinientes. Este es un caso que merece suma atención pues se puede lesionar el derecho a la intimidad de la persona que no ha prestado su consentimiento para que se efectúe la grabación. El juez penal que actúa como juez de garantías tiene la facultad de admitir o no la prueba que se obtiene con tales procedimientos, valorando la autenticidad, la forma en que se obtuvo, los derechos en conflicto y el bien jurídico protegido.

La reforma también prevé la utilización por parte de la fiscalía de elementos de investigación que se obtengan por medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, cumpliendo los requisitos de procedencia previamente, esto es la autorización del juez de garantías. Interesa destacar que se destaca que la validez y eficacia de tales investigaciones y medios de prueba están supeditadas a la integridad y autenticidad, y el respeto a los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución y la ley.

Cuando se trate de grabaciones o filmaciones relacionadas a un hecho constitutivo de infracción, registradas de modo espontáneo al momento mismo de la perpetración, por los medios de comunicación social o cámaras de seguridad ubicadas en lugares públicos, pueden ser utilizadas para integrar la investigación y para introducirlas al juicio como elementos de prueba. Esto va a servir en el caso de los *secuestros express*, robos a instituciones bancarias, asaltos en domicilios, secuestros de personas, etc.

Las partes y por supuesto la fiscalía están en la obligación legal

y moral de suministrar al Juez la prueba libre de vicios, artimañas, torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad, o peor aún utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito, porque habría deslealtad para con quienes intervienen en el proceso, especialmente para el imputado. Se pueden consultar algunas de nuestras publicaciones.¹²⁵

El tratamiento de las exclusiones probatorias es indefectible, y se ha ido imponiendo ya desde hace mucho tiempo. La exclusión probatoria (exclusionary rule) es el equivalente en nuestro país a la falta de valor de la prueba ilícita. Esta regla tuvo su nacimiento en los Estados Unidos y la doctrina de los frutos del árbol envenenado, fue conocida en 1920 en el caso *Silverthorne Lumber Co. Vs United State*. La preponderancia de esta regla deviene de la estrecha relación con las garantías fundamentales, a las cuales protege, especialmente en el proceso penal, así como con las reglas de exclusión probatoria, como dice el profesor José Ignacio Cafferata Nores, se buscan hacer operativas en el proceso penal las garantías constitucionales, de suerte que se debe privar de valor, no solo a las pruebas que constituyan el corpus de su violación, sino también a aquellas que sean la consecuencia necesaria e inmediata de ella, descalificando así tanto sus quebrantamientos palmarios, como los larvados o encubiertos.¹²⁶

Otro destacado autor argentino Fabricio Guariglia sostiene que se debe excluir siempre la prueba ilícita y sus efectos o consecuencias, “esto implica necesariamente la exclusión de la prueba adquirida. Lo contrario representaría fundar un principio *in dubio pro prueba*, naturalmente en contra del perseguido penalmente”.¹²⁷

Julio Maier, al referirse a este tema sostiene “Las llamadas limitaciones o prohibiciones probatorias sirvieron en un principio, para

125 ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *La prueba ilícita*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009. ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal*, Tomo III, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2014.

126 CAFFERATA NORES José Ignacio, *Temas de derecho procesal penal. La prueba obtenida por quebrantamientos constitucionales*. Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 197-198.

127 GUARIGLIA Fabricio, *Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. (compilación)*. Fundación Myrna Mack, Serie Justicia y derechos Humanos p. 144.

designar la inadmisibilidad procesal de la incorporación al procedimiento (prohibiciones de recolección probatoria) y, como consecuencia, a la fundamentación del fallo (prohibiciones de valoración probatoria), de ciertos conocimientos e información con vulneración de reglas que vedan el objeto de conocimiento (limitaciones absolutas o referidas a la prohibición del tema probatorio) o el mecanismo de recolección de la información (limitaciones relativas referidas a la prohibición de medios de prueba) (...). Dentro de esta problemática, desarrollada históricamente sobre la base de los métodos de investigación tradicionales, aparece hoy agregado a ella un problema nuevo, perteneciente a la llamada “posmodernidad” y de la mayor gravedad, pues el alcance veloz y, al parecer, arrollador, de las ciencias naturales y de la técnica-frente a los tiempos de las ciencias culturales (una de las cuales es la ciencia jurídica), verdaderas tortugas en comparación con aquéllas ha concebido medios de indagación de la verdad y de información que superan geométricamente las posibilidades antiguas, desde escuchas a distancia con transmisores supersensibles, transmisiones audiovisuales o grabaciones ocultas, hasta el cruzamiento de informaciones almacenadas en bancos de dato, posible en tiempo útil sólo por ordenadores... Todo el tema es sin duda uno de los más complejos y polémicos de la dogmática procesal penal...”.¹²⁸

En el sistema constitucional y procesal ecuatoriano se aplica el principio de la exclusión de la prueba ilícita, y se le quitan igualmente valor a los frutos del árbol prohibido o envenenado, sin importar si ha sido practicada por un particular, por un policía o por un fiscal; pues de lo que se trata es de preservar el respeto al debido proceso siempre y sin excepción alguna. Claro, salvo el caso de que se cumpla con el presupuesto de procedencia que es la autorización previa y por escrito de un juez penal. No existe otra posibilidad! Ni siquiera se puede invocar la buena fe de quien obtiene una prueba por medios ilícitos. Si se quiere actuar de buena fe se debe respetar la normativa procesal, recordando que solo un juez de garantías penales puede autorizar un acto de investigación que es intrusivo del derecho a la intimidad de los ciudadanos.

¹²⁸ MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal, T. II, Parte General, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2003, ps. 134 y ss.*

El jurista y magistrado peruano, Cesar San Martín Castro en una obra importante de su autoría⁵, se refiere al tema específico de la *prueba ilícita*, y nos orienta diciendo: “*Concepto. Trasladando esta base teórica a la actividad probatoria, aun cuando la terminología no es unívoca, se define por prueba prohibida (así la denominó en 1903 Erns Beling) aquella que se obtiene con infracción de derechos fundamentales, entendiendo por obtención aquella labor tendiente a allegar un resultado probatorio al proceso, esto es tanto la actividad de búsqueda e investigación de la fuente de prueba por mecanismos que violan los derechos fundamentales: aplicación a la fuente de un método ilícito y extracción de un resultado que en si mismo viola un derecho esencial. Es de entender siguiendo a Giovanni Conso que las normas relativas a la prueba son normas de garantía con fundamento constitucional, pues están dirigidas a asegurar la garantía de defensa del acusado (Art. 139.14 Const).*”

Ello viene a significar, apunta Jacobo López Borja de Quiroga, que las prescripciones legales sobre la prueba tienen directo amparo constitucional, y que de ellas se deduce, tanto que solo es posible la realización de las pruebas en la forma expresamente prescrita por la ley, en tanto que ésta sea compatible con los derechos fundamentales, cuanto que su actuación ha de sujetarse a las normas que con tal fin ha de existir. FUNDAMENTO. Erns Beling desde el año 1903 sostenía que el medio de prueba prohibido no puede ser en forma alguno utilizado (el resaltado es nuestro), ni puede ser tenido en cuenta por el juez en la sentencia, pues había que considerarlo como no realizado. Esta posición significa que la prohibición de prueba tiene la misión de tutelar los intereses del individuo frente a la persecución penal del Estado. La violación o vulneración de las reglas sobre la prueba, determinan su exclusión del universo probatorio que debe valorar el juez. Tiene un carácter imperativo”.¹²⁹

El profesor español Manuel Miranda Estrampes, hace una importante aportación de legislación comparada que implica lo previsto en textos internacionales de derechos humanos, así como jurisprudencia constitucional y penal de Perú, España, Estados Unidos, Alemania e Italia¹³⁰. De dicha ponencia nos permitimos reproducir

¹²⁹ SAN MARTIN CASTRO Cesar, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Jurídica Griley, Volumen I, Lima, 1999, p. 643 y ss.

¹³⁰ MIRANDA ESTRAMPES Manuel, *Las pruebas ilícitas, fundamento y alcance de la regla de exclusión*, Universidad

los siguientes párrafos: “En la teoría de la prueba ilícita está siempre latente el conflicto entre la averiguación de la verdad y la defensa de los derechos fundamentales de las personas. Para la solución de dicho conflicto cobra protagonismo la fase acuñada por el Tribunal Supremo Alemán (B.G.H.) de que ‘la verdad no puede obtenerse a cualquier precio’, esto es, de que no todo es válido en la obtención de la ‘verdad’, sino que deben cumplirse las exigencias derivadas del derecho a un proceso justo o equitativo (*proceso debido*) reconocido en los textos internacionales de derechos humanos (art. 14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6 Convenio Europeo de Derechos Humanos, y art. 8 Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica).

El derecho a la presunción de inocencia reconocido también en los textos internacionales de derechos fundamentales y en las Constituciones nacionales, exige en su consideración como regla probatoria, que únicamente puedan ser tenidas en cuenta a los efectos de formar la convicción acerca de los hechos objeto de enjuiciamiento en un proceso penal, aquellas pruebas obtenidas y/o practicadas con respeto de los derechos fundamentales y las garantías procesales. El art. 11 del nuevo Código Procesal Peruano de 2004 se refiere expresamente a este significado cuando establece que la presunción de inocencia requiere de una ‘suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales’.

El reconocimiento de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas diseña el proceso penal como un auténtico instrumento de garantía para el acusado, frente a la actuación arbitraria de los poderes públicos...”.

Y en cuanto a *La eficacia refleja de la prueba ilícita*, agrega el autor español Miranda Estrampes, citado en los párrafos precedentes:

“Otra de las cuestiones problemáticas que presenta la teoría de la prueba ilícita es el reconocimiento de efectos reflejos. Dicha doctrina también tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana,

mediante la formulación de la denominada doctrina de los frutos del árbol envenenado (the fruit of the poisonous tree doctrine). Así en el caso SILVERTHORNE LUMBER Co vs. US, de 1920, referente a la aprehensión ilícita de documentos por parte de agentes federales cuyo examen permitió el descubrimiento de nuevas pruebas de cargo, el Tribunal Supremo Federal norteamericano consideró que no sólo los documentos sino que el resto de las pruebas obtenidas o logradas a partir de los mismos no eran utilizables... la eficacia refleja de la prueba ilícita puede formularse, por tanto, de la siguiente forma: la exclusión alcanza no sólo a la prueba originaria practicada ilícitamente, sino también a todas aquellas pruebas (*derivadas*) que aunque han sido obtenidas lícitamente, esto es, constitucionalmente tienen su origen en informaciones o datos obtenidos como consecuencia de la actuación ilícita inicial.

En España la regla de exclusión plasmada en el mencionado art. 11.1 LOPJ, recoge dicha eficacia refleja cuando afirma que ‘no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación de derechos fundamentales’. Un amplio sector de la doctrina y la jurisprudencia estiman que el término *indirectamente* empleado en el precepto implica el reconocimiento de la eficacia refleja de la prueba ilícita en nuestro ordenamiento jurídico. Es evidente la influencia de ésta fórmula legal en el nuevo Código Procesal Penal peruano de 2004 cuyo artículo VIII 2 declara que ‘Carece de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona’. Aunque la ley nacional no utilizara éste término *indirectamente*, el reconocimiento de eficacia refleja es una consecuencia que deriva necesariamente de la admisión de la regla de exclusión (así lo reconoció en un primer momento el propio TCE). Por su parte el TSE declaraba en su sentencia de 4 de julio 1997 (f.s.2ª) que ‘... la prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya declarado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido ilícitamente se basan, apoyan o derivan de la anterior (directa o indirectamente), pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surte efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido

efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente surtirían efecto..." (ob.cit. p. 35-36).

Límites a las exclusiones probatorias

En un primer momento y en nuestra inicial propuesta hemos mantenido el criterio de la *Exclusión absoluta de la prueba ilícita y de los frutos del árbol envenenado*, vale decir de sus derivadas. Esto es de aquellos efectos que no habrían podido obtenerse sino es con el ingreso ilegal o no autorizado previo.¹³¹

Tanto el acto principal como los efectos o consecuencias que pueden ser los hallazgos obtenidos deben ser excluidos, teniendo aplicación del razonamiento de que no se habría descubierto el hecho o se hubiese dado el hallazgo si no hubiese precedido la violación de un derecho fundamental.

Por nuestra parte agregamos, que debemos estar prevenidos frente a situaciones que pueden ser provocadas por la propia policía que puede esgrimir el argumento de actuar de buena fe y luego acudir a una suerte de hallazgo de suerte para presentar una evidencia inculpativa. Creemos que es válido utilizar y aplicar el principio de la ponderación de los bienes jurídicos, de manera que estará por una parte el interés por buscar y encontrar la verdad, y por otras garantías como el principio de presunción de inocencia, y el de la lealtad y buena fe procesal, en constituciones como la nuestra se reconoce la preeminencia del principio pro homine o a favor del ciudadano y no del propio Estado como se consigna en el Art. 417 de la Constitución del 2008 de Montecristi.

En el caso de delitos sexuales contra víctimas que pueden ser personas mayores o niños y adolescentes repetimos lo dicho en el test de ponderación. Consideramos que la fiscalía puede pedir motivadamente a un juez de garantías penales que conceda la autorización para proceder a la toma de muestras de ADN sin el consentimiento del justiciable, y el juez debe concederla.

131 ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *La prueba ilícita*. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009.

La Constitución del Ecuador en el art. 195 supera el incidente pues claramente señala que la fiscalía dirige la investigación pre-procesal y procesal penal siendo titular del ejercicio de la acción penal, con sujeción de los principios de oportunidad y de mínima intervención penal, con especial atención al interés público y los derechos de las víctimas.

Cuando se trata de delitos sexuales y las víctimas son niños o adolescentes, es procedente incluso tener en cuenta para la aplicación del test de ponderación, la *vulnerabilidad de las víctimas* y el *principio del interés superior del niño*, previstos en la Constitución y en la Convención de Niñez y Adolescencia de NN.UU.¹³²

Debate en España

En España se ha reactualizado el debate y se pretenden encontrar límites a las exclusiones probatorias o excepciones a la exclusión ilícita, de manera que en determinadas circunstancias el ingreso ilícito no excluya la admisibilidad del descubrimiento. Aquí la influencia de la flexibilización de la jurisprudencia de EE.UU se ha hecho presente.

El Catedrático de la Universidad de Barcelona Jordi Nieva Fenoll, terea en este importante y actualizado debate, relacionado con los límites a las exclusiones probatorias, expresando que de acuerdo con las circunstancias encuentra límites a la exclusión probatoria.¹³³

El catedrático de Barcelona se refiere a *la fuente independiente*, el *nexo causal atenuado*, la *conexión de antijuridicidad*, al descubrimiento inevitable o casual.

Hemos leído en una referencia aclaratoria la diferencia entre *prueba ilícita* y *prueba irregular* debiendo entender por la primera a aquella que viola derechos fundamentales y la segunda aquella que viola normas procesales o de procedimiento. Las primeras resultarían insubsanables y las segundas podrían ser convalidadas. Puede ser el caso de que se ingrese a un domicilio sin autorización, o se

¹³² Arts., 44 y ss de la Constitución del 2008.

¹³³ Puede ser visto el excelente video sobre Prueba Ilícita de Jordi Nieva Fenoll en YouTube.

pretenda una extracción de sangre sin consentimiento en que podría sostenerse que se han violado garantías fundamentales como el derecho a la inviolabilidad del domicilio, y el derecho a la intimidad y a la no incriminación.

Ejemplo de *prueba irregular* sería un peritaje sin la posesión previa del perito en que se podría declarar la nulidad del acto procesal, y se dispondría la práctica de un nuevo acto procesal con la posesión previa del perito.

Dice Jordi Nieva que si se permite a la policía la vulneración de derechos fundamentales va a hacer lo que le venga en gana, como manipular pruebas o evidencias. En la contra partida dice que la policía no tiene necesidad de violar derechos fundamentales para investigar y para eso debe de ser educada, para que se vicie la averiguación de la verdad y se mantenga la confianza ciudadana en la actuación policial.

Recuerda algunas referencias del Tribunal Europeo de DD.HH, que legitima la actuación de la policía cuando respeta los derechos fundamentales. Hay momentos en que hay que considerar la *sospecha fundada* como cuando un sujeto o sujetos merodean persistentemente un lugar y se puede presumir razonablemente que lo van a asaltar. Hay que considerar la *urgencia de la actuación* que sería el caso de la víctima por ejemplo de un asalto sexual o de una agresión. Otra circunstancia a tomar en consideración es la autorización o consentimiento del sujeto investigado (consentimiento real).

Asumamos en un ejemplo que se le encuentra droga, tendría que probarse por el *onus probandi* o carga de la prueba, que la droga le pertenecía a un tercero. Puede existir un caso de *error de tipo* como cuando no se sabe que el encargo que se le hace en verdad es de droga. Si no hay *conocimiento* más la *intención* de tenerla o transportarla no habría dolo, por *error de tipo* insuperable o invencible que enerva la presunción del dolo y determina la inexistencia del delito.

Veamos dos ejemplos clave:

Se ingresa a un domicilio sin el consentimiento del dueño o propietario de una vivienda y en el interior se encuentra el cadáver de una niña que había sido secuestrada la misma que resultó violada y luego estrangulada. Nos parece una exageración que se mantenga el principio de la exclusión absoluta de la prueba ilícita porque no hubo la autorización de un juez o el permiso del propietario para ingresar.

En otro caso, se está haciendo una investigación y se ingresa a un domicilio sin autorización del juez ni consentimiento del propietario, y se encuentran 3 toneladas de cocaína. Sería un acto de barbarie decir que se debe excluir el hallazgo como *frutos del árbol envenenado* porque se obtuvo la evidencia real y cierta mediante un medio ilícito, y que en consecuencia este sería un caso de prueba ilícita.

El Prof. Jordi Nieva dice que estos son casos límite y que no debe excluirse la prueba por vulnerar derechos fundamentales. La excepción hay que admitirla por la *notoria realidad de los hechos descubiertos*. Es una realidad el descubrimiento del cadáver de la niña estrangulada, como también es una notoria realidad el hecho descubierto de las tres toneladas de cocaína en el otro ejemplo. En ambos casos se habrían violado derechos fundamentales, pero aplicando correctamente el *test de ponderación* vamos a concluir que es más importante el hecho descubierto que el bien jurídico de la inviolabilidad del domicilio.

CAPÍTULO 6

EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y EL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA

Introducción. Definiciones

El principio de congruencia consiste en la concordancia que debe existir entre el pedimento formulado por las partes y la decisión que sobre él tome el juez. Puede adoptar dos modalidades: La interna y la externa. **La externa** que es la propiamente dicha, se refiere a la concordancia o armonía entre la pretensión y la resolución que se pronuncia sobre ella. **La interna**, es la que mira a la concordancia entre la parte motiva y la resolutive del fallo. Dicho de otra manera el juez, por respeto al *principio de congruencia* no puede ni debe resolver mas allá de la pretensión del fiscal cuando se trata de un proceso penal, vale decir que el juez podrá resolver siempre menos que lo que pretende el fiscal, pero nunca más.

El Estado de Derecho

Sostener la vigencia de este principio es consustancial al respeto al Estado de Derecho, tanto más si de acuerdo con el Art. 219 de la Constitución Política de la República de 1998 el titular de la acción penal y por ende de la acusación era y es el Ministerio Público en la vigente del 2008 (art. 195). Esta es una característica del cambio del paradigma procesal penal.

- 1.- Si el proceso judicial es un método racional de debate, un instrumento para la solución pacífica y racional de los conflictos

intersubjetivos de intereses que se suscitan en la convivencia, resulta evidente, para que para que tal finalidad se alcance, debe haber una exacta relación o correspondencia (concordancia) entre la pretensión del actor, la oposición del demandado (resistencia, en los términos de Alvarado Velloso), los elementos de prueba válidamente colectados e incorporados y la decisión del tribunal.-Esta concordancia recibe el nombre de “congruencia”, a la que Ayarragay, siguiendo a Aragonese Alonso, define como “un principio normativo que limita facultades resolutorias del juez, por el cual debe existir identidad entre lo resuelto y controvertido, oportunamente, por los litigantes, y en relación con los poderes atribuidos en cada caso al órgano jurisdiccional por el ordenamiento jurídico”.¹³⁴

Por su parte, Devis Echandía la define como “el principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes (en lo civil, laboral, y contencioso-administrativo) o de los cargos o imputaciones penales formulados contra el sindicado o imputado, sea de oficio o por instancia del ministerio público o del denunciante o querellante (en el proceso penal), para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones o imputaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas, a menos que la ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas”¹³⁵. Entiende este autor que “los derechos de acción y de contradicción imponen al Estado el deber de proveer mediante un proceso y por una sentencia, cuyo alcance y contenido están delimitados por las pretensiones y las excepciones que complementan el ejercicio de aquellos derechos”¹³⁶. Agregamos y para los fines de entendimiento del principio de congruencia, que en materia penal la pretensión se produce en el momento en que se concluye el sumario – en el modelo inquisitivo de 1983- en que el fiscal exhibe su pretensión punitiva en base de la investigación y prueba existente, con referencia al objeto jurídico investigado y probado. Igualmente hay otro momento procesal en la etapa del plenario (código de 1983) o de la audiencia del juicio,

¹³⁴ AYARRAGARAY Carlos A., *Lecciones de Derecho Procesal*, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 1962, p.83.

¹³⁵ DEVIS ECHANDÍA Hernando, *Teoría General del Proceso*, T.II Ed. Universidad, Bs.As. 1985, p. 533.

¹³⁶ DEVIS ECHANDÍA Hernando, *Teoría General del Proceso*, ob. Cit., p. 536.

en que el ministerio público esgrime su pretensión punitiva final, pero en ambas situaciones el juez debe respetar en su decisión la congruencia con la pretensión punitiva de la fiscalía.

2.- No obstante que -en general- siempre se hace referencia a lo concordancia entre la pretensión y la sentencia, la congruencia es una exigencia lógica que está presente en todo el proceso uniendo entre si a las distintas etapas que lo componen. Así, ha de haber concordancia (congruencia) entre la pretensión y la oposición (resistencia). También ha de haber congruencia entre los hechos afirmados por las partes como fundamento de sus respectivas posiciones y los elementos de prueba válidamente colectados e incorporados. También ha de haber congruencia entre la acción deducida y la sentencia; una congruencia interna en la sentencia misma y, finalmente, debe existir concordancia entre la sentencia y su ejecución.-

2.1. Encontramos concordancia (congruencia) entre la pretensión y la resistencia en cuanto los hechos y los argumentos jurídicos que se oponen al progreso de aquella tienen que referirse, lógicamente, a las afirmaciones y argumentaciones en que tal pretensión se funda. Es fundamental en materia penal que los cargos (la imputación) deban estar precedidos por la intimación de los mismos, a efectos de que el sujeto pasivo del proceso no sea colocado en situación de indefensión. Cae de su peso la necesidad procesal de poner en conocimiento y de manera oportuna al sindicado o imputado los elementos de cargo que existan en un medio de prueba como puede ser un examen contable o una auditoría, pues constituiría un acto de deslealtad procesal utilizar como elementos incriminatorios los contenidos en un informe que no fue conocido en tiempo y modo oportunos por el o los sujetos que han sido sindicados.

También debe haber congruencia entre los hechos afirmados por una de las partes que han sido controvertidos por el adversario y los elementos de prueba incorporados al proceso, en cuanto estos están dirigidos a constatar (confirmar) a aquellos. Esto también tiene el

carácter de carga en cuanto, en general, los códigos procesales disponen que las partes sólo podrán ofrecer prueba respecto de los hechos afirmados y controvertidos.-

2.2. Finalmente, debe haber congruencia entre la pretensión, la oposición (resistencia), los elementos de prueba válidamente colectada y la decisión jurisdiccional, desde que esta debe ser dirigida, exclusivamente a las partes del proceso, de manera que exista identidad jurídica entre el litigio llevado a los estrados judiciales y la decisión. Cabe advertir que, no obstante que generalmente se alude al tema de la congruencia cuando nos referimos a la sentencia, la misma además de ser un ligamen lógico de todo el proceso, es una regla que rige en toda resolución judicial. Recordemos que la defensa es inviolable y la misma debe ser respetada aun en los actos pre procesales, en que se garantiza el derecho a la asistencia legal obligatoria.

2.3. Viviendo en un Estado de Derecho es fundamental respetar las garantías del derecho al debido proceso, previstas en la Constitución Política de la República de 1998 (Art. 24 *in fine*) y actualmente en el Art. 76 de la Constitución de Montecristi del 2008. En lo pertinente y en lo que fuese aplicable recordemos que el Art. 24 de la Constitución de 1998, establecía el derecho a ser juzgado conforme a las leyes preexistentes con observancia del trámite propio de cada procedimiento (n.1), la inviolabilidad del derecho a la defensa (n. 10), el ejercicio del derecho al contradictorio (n. 15), entre otras garantías.

En la del 2008 encontramos en el Art. 75 la referencia al derecho a la tutela judicial efectiva y en el Art. 76 los principios del derecho al debido proceso tales como, garantía del cumplimiento de las normas y derechos de las partes (n.1), presunción de inocencia (n. 2), derecho penal de acto y principio de legalidad penal (n.3), exclusión absoluta de la prueba ilícita (n. 4), preeminencia de la pena menor (n. 5), proporcionalidad entre el delito y la pena (n. 6), inviolabilidad del derecho a la defensa (n. 7): que comprende una

serie de derechos como no ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del proceso (n. 7. a), contar con el tiempo y medios adecuados para preparar la defensa (n. 7. b), ser escuchado en momento oportuno y en igualdad de condiciones (n. 7. c), la publicidad de los procesos y el acceso a documentos y actuaciones (n. 7. d), impedimento de ser interrogado sin presencia del defensor (n. 7. e), asistencia de un traductor o intérprete (n. 7. f), derecho a contar con un defensor de su confianza o con uno público (n. 7. g), derecho a presentar sus alegaciones de manera verbal o escrita, presentar pruebas y ejercer el derecho al contradictorio (n. 7. h), derecho a no ser juzgado más de una vez por la misma causa (n. 7. i), obligación de comparecer testigos y peritos para ser interrogados (n. 7. j), derecho a ser juzgado por *juez independiente, imparcial y competente* (n. 7. k), obligación de los poderes públicos de expedir *resoluciones motivadas bajo sanción de nulidad* (n. 7. l), derecho al doble conforme o a recurrir del fallo o resolución (n. 7. m).

La Convención Americana de Derechos Humanos (1969) y la Corte IDH

Dado que la Convención Americana sobre Derechos Humanos — en adelante, la Convención Americana, la Convención, o la CADH — tiene un amplio catálogo de derechos y garantías que protegen a las personas sometidas a persecución o sanción penal (así por ej. los arts. 4,5,6,7,8,9,10,22 y 25 de la CADH, entre otros), especialmente en los últimos años, ha habido un amplio desarrollo jurisprudencial en los fallos de la Corte Interamericana referido a garantías del derecho penal, procesal penal y de ejecución de la pena. Así, por ejemplo, la Corte se ha pronunciado sobre la pena de muerte, sobre detenciones ilegales y arbitrarias, sobre las salvaguardas procesales de toda persona detenida, sobre el plazo razonable del encarcelamiento preventivo, sobre el control judicial de legalidad de toda detención, sobre el principio de legalidad sustantivo, sobre la inconveniencia de utilizar el derecho penal para reprimir actos de expresión, sobre las condiciones de detención, sobre la afectación de la integridad física y psíquica por las consecuencias de acciones de operadores de la justicia penal, sobre la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, sobre la incomunicación del detenido, sobre el derecho

del imputado a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial, sobre el plazo razonable del proceso, sobre el principio de inocencia, sobre diversos aspectos del derecho de defensa, sobre la prohibición de múltiple persecución penal, sobre el derecho a recurrir la sentencia penal condenatoria, sobre la publicidad del juicio penal, entre otras cuestiones.

La Corte Interamericana, en el *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, Sentencia de 20 de junio de 2005, analizó la violación de diversos derechos garantizados en la Convención. En este considerando sólo nos ocuparemos de los temas del título, esto es, el tratamiento que la Corte dio al principio de correlación (de congruencia) entre acusación y sentencia y, además, al cambio de calificación jurídica por parte del tribunal de juicio por aplicación del principio *iura novit curia*. Como se sabe la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es el órgano operativo de la OEA que se encarga de investigar los hechos puestos en su conocimiento para concluir si hay un caso que deba ser llevado a conocimiento y resolución de la Corte Interamericana. En el caso que se invoca, el ministerio público hizo una acusación final mayor que la inicial y puso en situación de indefensión al acusado, y el juez resolvió sin permitirle que pueda ejercer adecuadamente su defensa. La Comisión señaló las siguientes circunstancias: a) El ministerio público no formuló acusaciones alternativas, como lo permite el art. 333 del CPP Guatemala, y tampoco amplió la acusación durante el debate (art. 373, CPP) — párrafos 55.d y 55.e —. b) El ministerio público solicitó la pena de muerte por asesinato en sus alegatos finales, cuando ya había precluido su oportunidad para solicitar ese cambio — párr. 55.f —. c) El tribunal no advirtió sobre qué posible calificación jurídica podría modificar la imputación de violación agravada — párr. 55.g —. d) El tribunal, para aplicar la calificación de asesinato, dio por acreditados dos hechos ajenos al objeto procesal, esto es, la causa de la muerte por asfixia, y que el acceso carnal había tenido lugar después de la muerte de la víctima — párr. 55.h —. e) El tribunal, para decidir la aplicación de la pena de muerte, introdujo otra circunstancia nueva que resultó determinante en su decisión, la peligrosidad de R.

Esta circunstancia, además, no fue probada, y se fundó en

los mismos hechos utilizados para agravar el delito. Dado que la peligrosidad es un elemento subjetivo que implica la futura reiteración de conductas delictivas, no fue sometido a una valoración científica mediante la actividad probatoria, es decir que no fue probada y sólo fue presumida —párr. 55.h—. f) El fallo condenatorio se fundó en hechos no comprendidos en la acusación y en la peligrosidad que no fue demostrada, desconociendo el tribunal el principio de congruencia e impidiendo el ejercicio del derecho de defensa del imputado. Tal fallo se dictó sin haber cumplido los requisitos del art. 332 bis del CPP, “que incluye como requisito sustantivo de la acusación la relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible... y su calificación jurídica” (párrafos 55.j y 55.k). g) El fiscal, para evitar la sorpresa y la indefensión de R, debería haber ampliado formalmente la acusación, para incluir los nuevos hechos y el cambio de calificación. El tribunal, por su parte, omitió decir cuál era la calificación jurídica que podría imponerse en vez de la de violación. También omitió recibir nueva declaración al imputado e informarle que tenía derecho a una suspensión de la audiencia, y formularle correctamente la intimación de los hechos por los cuales fue finalmente condenado, en violación al art. 8.2.b de la Convención. Estas circunstancias, a su vez, impidieron a la defensa técnica contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar su tarea, en violación al art. 8.2.c —párrafos 55.m y 55.n—. La importancia de los alegatos de la Comisión es que en ellos se formulan afirmaciones sobre el alcance de los distintos estándares de protección de los derechos humanos desde un punto de vista institucional, razón por la cual —a menos que la Corte rechace lo solicitado— da pie a que tales afirmaciones puedan ser oponibles a la Comisión en el trámite de una petición ante dicho órgano.

La violación del derecho de defensa tal como está garantizado en el art. 8.2.b y 8.2.c no puede depender de reglas procesales específicas del derecho interno. A nuestro juicio, la única interpretación posible de esta proposición se refiere al derecho de defensa en sentido amplio. *Como veremos a continuación, la Corte Interamericana reconoce expresamente que la intimación de la calificación legal también es una exigencia derivada del derecho de defensa.*

En el párrafo 69 de su sentencia, la Corte IDH reafirma la

necesidad de integrar la calificación jurídica para respetar el derecho de defensa, citando un caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el caso *Pelissier and Sassi vs. France*:

“[...] La Corte observa que los preceptos del tercer párrafo, inciso a), del artículo 6 [de la Convención Europea de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales] apuntan a la necesidad de brindar especial atención a la debida notificación de la acusación al imputado. Las particularidades del delito juegan un rol crucial en el proceso penal, desde que el momento de la comunicación de aquéllas es cuando el sospechoso es formalmente puesto en conocimiento de la base fáctica y legal de los cargos formulados en su contra (ver *Kamasinki vs Austria*, sentencia de 19 de diciembre de 1989, Serie A, No. 168, pp. 36- 37, párr. 79). El artículo 6.3.a) de la Convención [Europea] reconoce al imputado el derecho a ser informado no sólo de la causa de la acusación, es decir, de los actos que supuestamente ha cometido y sobre los que se basa la acusación, sino también de la calificación legal dada a esos actos. Dicha información debe ser detallada, tal como correctamente sostuvo la Comisión.

[...] El alcance del precepto anterior debe ser determinado, en particular, a la luz del derecho más general referente a un juicio justo, garantizado por el artículo 6.1 de la Convención (ver, *mutatis mutandis*, las siguientes sentencias: *Deweert vs Bélgica*, Sentencia de 27 de febrero de 1980, Serie A, No. 35, pp. 30-31, párr. 56; *Artico vs Italia*, Sentencia de 13 de Mayo de 1980, Serie A, No. 37, p. 15, párr. 32; *Goddi vs Italia*, Sentencia de 9 de abril de 1984, Serie A, No. 76, p. 11, párr. 28; y *Colozza vs. Italia*, Sentencia de 12 de febrero de 1985, Serie A, No. 89, p. 14, párr. 26). La Corte Considera que, en cuestiones penales, el precepto concerniente a una información completa y detallada de los cargos formulados contra el imputado y, consecuentemente, a la calificación legal que el tribunal pueda adoptar al respecto, constituye un prerrequisito esencial para asegurar que los procedimientos sean justos”.

A continuación, la Corte agregó:

“... Durante el primer día de debate, el Tribunal advirtió a las partes sobre la posibilidad de cambiar la calificación jurídica del

delito, pero no especificó a qué delito pudiera dirigirse el cambio, lo cual no es irrelevante, en modo alguno, para el ejercicio de la defensa y la decisión judicial sobre la sanción aplicable” (párr. 70).

Nuevamente, la Corte Interamericana relaciona la violación al derecho de defensa de la Convención con la falta de advertencia sobre el posible cambio de calificación jurídica, de manera clara. También lo hace en los párrafos 72 a 74, donde luego de mencionar diversas omisiones sobre la obligación de ampliar la acusación por los nuevos hechos, sobre la obligación de advertir cuál sería la calificación jurídica que podría aplicarse, y sobre la obligación de recibirle nueva declaración al imputado y suspender el debate para que prepare su defensa, en el párr. 73 concluye:

“... Estas omisiones [incluyendo la de advertir sobre el cambio de calificación jurídica] privaron a la defensa de certeza acerca de los hechos imputados (artículo 8.2.b) de la Convención) y, en consecuencia, representaron un obstáculo para preparar adecuadamente la defensa, en los términos del artículo 8.2.c) de la Convención”.

Sin embargo, la Corte no descarta la aplicación del principio *iura novit curia*, pero lo condiciona a una interpretación armónica con el principio de congruencia y el derecho de defensa (párr. 74). *Luego de establecer que la sentencia consideró de manera expresa hechos no contenidos en la acusación, la Corte vuelve a citar el caso europeo, en donde se concluye que la modificación sorpresiva de la calificación jurídica viola tanto el derecho a ser informado de la imputación como el derecho de contar con los medios y el tiempo necesarios para preparar la defensa:*

“[...] al hacer uso del derecho que incuestionablemente tenía para recalificar hechos sobre los cuales tenía jurisdicción propiamente, la Corte de Apelaciones de *Aix-en-Provence* debió haber provisto a los peticionarios de la posibilidad de ejercer sus derechos de defensa respecto de dicha cuestión de manera práctica y efectiva y, en particular, de manera oportuna. En el presente caso, la Corte no encuentra algún elemento capaz de explicar los motivos por los cuales, por ejemplo, la audiencia no fue aplazada para recibir

ulterior argumentación o, alternativamente, los peticionarios no fueron requeridos para presentar observaciones escritas mientras la Corte de Apelaciones deliberaba. Por el contrario, *del expediente del caso ante la Corte surge que los peticionarios no tuvieron oportunidad para preparar su defensa respecto de la nueva calificación, ya que fue sólo a través de la sentencia de la Corte de Apelaciones que conocieron del cambio de calificación de los hechos. Ciertamente, para ese momento fue demasiado tarde*” (Caso *Pelissier and Sassi vs. France*, citado).

Defensa y cambio de calificación jurídica

Referido específicamente al respeto al *principio de congruencia* recordemos que el principio *iura novit curia* forma parte de la tradición jurídica continental europea que los países latinoamericanos hemos heredado del proceso de colonización, y se mantiene aun en aquellos países que han adoptado sistemas de enjuiciamiento realmente orales y contradictorios en los últimos años (Así, entre otros, art. 341, párr. II, CPP Chile; art. 365, párr. II, CPP Costa Rica; art. 359, párr. II, CPP El Salvador; art. 364, párr. II, CPP Venezuela), ampliamente superadores de los llamados “códigos modernos”, de los cuales el CPP Córdoba (1939) fue el representante más conspicuo (Así, art. 401, párr. I, CPP Nación (Argentina). Estos códigos sólo pueden ser llamados “modernos” porque nacen con la Modernidad, no en sentido cronológico ni por su contenido, pues, básicamente, reflejan la estructura del Código francés de 1808. En este sentido, Julio Maier señala, al hacer referencia al CPP Córdoba (1939), que él “representó” el primer paso importante de la reforma procesal penal en la República Argentina, similar a la que se llevó a cabo casi un siglo antes en Europa continental...”.¹³⁷

Clarià Olmedo es partidario de la posición más tradicional, ya que señala que “‘la regla de congruencia o de relación, con su significado estricto dentro del proceso penal sólo hace referencia a lo fáctico, mostrándose como una indispensabilidad de coincidencia o conveniencia entre el supuesto de hecho imputado y el contenido fáctico de la decisión’, ya que en el aspecto jurídico rige en plenitud del principio *iura curia novit*”.¹³⁸

¹³⁷ MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, 2ª ed., t. I, p. 415.

¹³⁸ CLARIÀ OLMEDO, Jorge A., *Principio de congruencia en el proceso penal*, en el XI Congreso Nacional de Derecho

En el mismo sentido se pronuncia Alfredo Vélez Mariconde, al afirmar que la facultad de dar al hecho una calificación jurídica distinta no representa una violación del derecho de defensa¹³⁹. Los acompaña, muchos años más tarde, Carlos Creus, quien sostiene que “el principio de congruencia refiere a los ‘hechos’ no a su calificación jurídica”.¹⁴⁰

Francisco D’Albora, en su comentario al art. 401 del CPP Nación, parece adherir a la tesis clásica, esto es, que sólo limita la decisión del tribunal de juicio a los hechos contenidos en la imputación¹⁴¹. Vásquez Rossi, por su parte, no queda muy claro en dónde se ubica, pues luego de reconocer la sola limitación a los hechos y la amplia vigencia del *iura novit curia*, aclara que “lo importante en este aspecto es la correlación entre la imputación, concretada en la acusación, y la decisión final, aunque sobre este punto debe señalarse que la decisión jurisdiccional no puede exceder o modificar los planteos de la acusación”, fundando su posición en el principio acusatorio y no en el derecho de defensa.¹⁴²

Julio Maier, al desarrollar el principio de “correlación entre la imputación y el fallo”, establece como regla que éste se limita a la correcta descripción del hecho. Sin embargo, admite que una calificación jurídica sorpresiva puede provocar indefensión, y en ese supuesto, propone, se debe advertir al imputado sobre el posible cambio de calificación jurídica¹⁴³. Alberto Binder mantiene una posición similar en cuanto a la inclusión de la calificación jurídica como requisito de la imputación. Así, señala que *el principio iura novit curia le da cierta libertad al tribunal para aplicar la ley sustantiva, pero esta discreción se halla limitada por el derecho de defensa: “... se debe entender como una violación del derecho de defensa el hecho de que la calificación jurídica que hace el tribunal de los mismos hechos resulta sorpresiva y no fue tenida en cuenta en ningún momento del desarrollo del juicio o los debates particulares”*.¹⁴⁴

Procesal, La Plata, 1981, t. I, p. 363.

139 VELEZ MARICONDE Alfredo, *Derecho procesal penal*, Editorial Lerner, Córdoba, 1986, t. II, p. 228.

140 CREUS Carlos, *Derecho procesal penal*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 117.

141 D’ÁLBORA, Francisco, *Código Procesal Penal de la Nación*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, 5ª ed., p. 868.

142 VÁZQUEZ ROSSI, *Derecho procesal penal*, cit., t. II, p. 456

143 Cf. MAIER Julio, *Derecho procesal penal*, t. I, cit. ps. 568 y siguientes.

144 BINDER Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, 2ª ed., p. 163.

José Ignacio Cafferata Nores —acompañado hasta cierto momento por Ledesma (Cf. Ledesma, *¿Es constitucional la aplicación del brocardo iura novit curia?*, cit., p. 373, quien en este trabajo sostuvo que como exigencia del derecho de defensa debía advertirse al imputado y darle la oportunidad de ser oído para evitar la vulneración al derecho de defensa) — es quien adhiere a la tesis más amplia en cuanto al concepto de “imputación”: “Para que el imputado pueda defenderse de la imputación, debe conocerla en todos sus elementos relevantes, de modo que quede excluida cualquier *sorpresa*. El acto por el que se le informa de ella se suele denominar *intimación*. Ésta debe ser *previa* a cualquier declaración que se le pueda recibir, *comprensible* (sencillamente expuesta, y si no entiende el idioma se le proveerá de un intérprete, establecen los arts. 8.2.a, CADH, y 14.3.a, del PIDCP) y *detallada*, con explicación de las *causas* de la acusación, es decir, los hechos que le dan base y las pruebas existentes (su contenido) y su *naturaleza*, o sea, su encuadramiento legal (art. 8.2.b, CADH; art. 14.3.a, PIDCP). Las leyes procesales exigen que sea realizada por la autoridad judicial que debe recibir la declaración del imputado, de modo previo a ella, tanto durante la investigación preparatoria como en el juicio oral y público. Y ¿cuán *previa* debe ser la intimación respecto de la declaración?: entre ambas deberá también transcurrir el ‘tiempo’ adecuado (art. 8.1.c, CADH) para la preparación de la defensa, aspecto no desarrollado especialmente entre nosotros”.¹⁴⁵

Como se viene reconociendo, más allá de trabajos aislados de la doctrina procesal penal argentina que hacen referencia a los estándares internacionales, esta obra de Cafferata Nores es la primera que analiza globalmente la influencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho procesal penal interno. Como dice el prologuista, “La obra de Cafferata Nores recorre todas esas decisiones de organismos supranacionales que ‘rebotarán’ en el derecho argentino a través de su aplicación por los tribunales locales. Este libro nos enseña cuáles son los estándares internacionales que ahora los tribunales locales tendrían que aplicar, gracias a la protección internacional. En este punto, entonces, debo destacar uno de los grandes méritos del trabajo que estoy prologando: su

145 CAFFERATA NORES, José I., *Proceso penal y derechos humanos*, Ed. Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 2000, 112 y s.

vastísima información y comprensión sobre las decisiones, incluso más recientes, de los organismos supranacionales de derechos humanos en materia de derecho procesal penal, lo que convierte sin duda a Cafferata Nores en uno de los mejores conocedores de los estándares internacionales vigentes”.¹⁴⁶

Por nuestra parte sostenemos que para hacer efectivo el respeto a la inviolabilidad de la defensa y a ejercer adecuadamente el *derecho al contradictorio* previsto en la Constitución Política del 2008 (Art. 76 n 7), es imprescindible que el acusado tenga el derecho de ser informado no solamente de la causa de la acusación, es decir, de los hechos materiales mantenidos contra él que constituyen la base de su inculpación, sino también de la naturaleza de la acusación, es decir, de la calificación jurídica de estos hechos materiales.

Regulación normativa en el derecho comparado

Además de ir abriéndose paso en la doctrina más moderna, la necesidad de incluir en la *intimación de la imputación la calificación jurídica del hecho atribuido*, ha sido regulada expresamente en los códigos procesales penales latinoamericanos más recientes.

Así, por ejemplo, el CPP Chile:

“Artículo 341.- Sentencia y acusación. La sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella. Con todo, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de causales modificatorias agravantes de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia. Si durante la deliberación uno o más jueces consideraren la posibilidad de otorgar a los hechos una calificación distinta de la establecida en la acusación, que no hubiere sido objeto de discusión durante la audiencia, deberán reabrirla, a objeto de permitir a las partes debatir sobre ella”.

¹⁴⁶ ABREGÚ, Martín, *Prólogo, en CAFFERATA Nores, Proceso penal y derechos humanos, cit., p. VI.*

Lo interesante de esta regulación consiste en el hecho de que la advertencia y la posibilidad de alegar sobre la posible modificación de la calificación jurídica se garantizan no sólo cuando tal posibilidad surge durante el debate, sino también cuando ello sucede en la deliberación, una vez clausurada la audiencia.

El nuevo CPP Colombia regula el principio de otra manera:

“Artículo 448. *Congruencia*. El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”. En este caso, la regla impide al tribunal la modificación de la calificación jurídica propuesta por la acusación.

El CPP de Venezuela dice:

“Artículo 364. *Congruencia entre sentencia y acusación*. La sentencia de condena no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias descritas en la acusación y en el auto de apertura a juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación. En la sentencia condenatoria, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la de la acusación o del auto de apertura a juicio, o aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que no exceda su propia competencia. Pero, el acusado no puede ser condenado en virtud de un precepto penal distinto del invocado en la acusación, comprendida su ampliación, o en el auto de apertura a juicio, si previamente no fue advertido por el juez presidente sobre la modificación posible de la calificación jurídica”.

Como se puede advertir, los ejemplos citados —con excepción del CPP Colombia— concuerdan con la doctrina de la Corte Interamericana ya que, al mismo tiempo que consagran el principio *iura novit curia*, lo limitan por las exigencias derivadas del principio de congruencia y del derecho de defensa.

Del mismo modo se halla regulada esta limitación al principio *iura novit curia* en la Ordenanza Procesal Penal alemana, que en su § 265 establece el deber de advertencia del tribunal frente a una posible

modificación de la calificación jurídica —independientemente de si se trata de una figura más grave o menos grave—. Según Claus Roxin, este deber parece tener dos fundamentos. En *primer término*, frente a la facultad del tribunal de calificar el hecho según su propio criterio, en la medida en que no exceda los límites fácticos del objeto procesal, *el acusado debe quedar a salvo de sorpresas en relación a las cuales no pudo preparar su defensa*. En *segundo lugar*, el interés en lograr un esclarecimiento exhaustivo de lo ocurrido, *se le debe conceder la posibilidad de pronunciarse respecto a la imputación que ha sido modificada*.¹⁴⁷

De acuerdo con el análisis precedente, podemos concluir en que tanto para la opinión de la Comisión Interamericana, como para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un juicio penal, resulta conforme a las disposiciones de la Convención, la aplicación del principio *iura novit curia* por parte del tribunal que dicta un llamamiento a juicio y del que dicta una sentencia condenatoria. Este respeto debe ser igualmente valedero cuando se trata de resolver un llamamiento a juicio conforme se ha analizado *up supra*. Sin embargo, la aplicación del principio *iura novit curia* sólo resulta legítima en la medida en que se respete el *principio de congruencia entre imputación y resolución*, y las exigencias derivadas del derecho de defensa establecidas en el art. 8.2.b y 8.2.c de la Convención.

El *principio de congruencia* exige, por un lado, que el tribunal de resolución no se exceda de los hechos contenidos en la acusación —o en su posible ampliación durante el debate— en caso de dictar sentencia condenatoria. Por otro lado, el principio limita la discreción del tribunal al aplicar el principio *iura novit curia* al requisito de la previa advertencia de la posible calificación jurídica a atribuirse a los hechos contenidos en la imputación, sea porque la calificación estuviera contenida previamente en la imputación, sea porque *se advirtió a la defensa y al imputado durante el debate respecto de la calificación jurídica alternativa*. En ambos supuestos, la calificación o calificaciones jurídicas integran la imputación y, por ende, constituyen un límite para el tribunal al momento de dictar su resolución, *límite que deriva de dos exigencias del derecho de defensa: a) derecho a que se le*

147 ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 367.

comunique previa y detalladamente el contenido de la imputación – art. 8.2.b – ; y b) derecho a que se le conceda el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa – art. 8.2.c – .

Como se advierte del estudio que realizamos aplicado al *caso Sobornos*, el juez *a quo*, es decir los jueces de la sala especializada de lo penal de la Corte Nacional no se podían apartar de los hechos contenidos en la acusación de la Fiscalía General y de la calificación jurídica que la misma había formulado como titular de la acción penal al tenor del Art. 195 de la Constitución Política de la República de 2008, que había sido por el delito de cohecho simple previsto en el art. 286 del CP y no por el delito de cohecho activo propio agravado previsto en el art. 287 con la agravante de actuar en pandilla.

Se limitó y violó el derecho de defensa que le asistía a todos los justiciables, pues los colocó en situación de indefensión, al impedirles el derecho al contradictorio, vulnerando así las garantías del *derecho al debido proceso* que han sido citadas precedentemente y la propia Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San Jose de Costa Rica (1969) - vinculante para el Estado ecuatoriano - en el Art. 8.2.b, y 8.2.c.

En síntesis, la calificación jurídica es un acto persecutorio que, corresponde exclusivamente al ministerio público, en este caso a la Fiscalía General del Estado, vale decir que la decisión de modificar la calificación para establecer una adecuación típica más grave, no puede provenir del tribunal debido a que pone en peligro su imparcialidad, y deja en indefensión al sindicado. Es necesario difundir y respetar estas nuevas exigencias que, como bien explica el profesor Cafferata Nores, han sido impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos.

En un caso en Ecuador, los jueces del primer nivel aplicaron erróneamente la doctrina y los precedentes del Sistema IDH, al invocar el *principio iura novit curia* para tratar de legitimar un ejercicio abusivo del poder punitivo. En la alzada los jueces actuaron como caja de resonancia y negaron la reparación del agravio inferido.

CAPITULO 7

EL DEFENSOR PENAL

Sumario

Introducción. Responsabilidad del abogado defensor que recibe honorarios maculados. Lavado de activos y derecho penal del enemigo. Lavado de activos e imputación objetiva. El caso de los abogados en Alemania. La inconstitucionalidad del procesamiento por lavado de activos en contra del abogado defensor. El abogado defensor en USA y blanqueo de capitales. Resumen. Conclusiones.

Introducción

Quienes miran al abogado como vinculado a la administración de justicia lo llegan a considera como un auxiliar de la misma y hasta como órgano de dicha importante función. Esta aproximación es justa y valedera cuando se trata de un *defensor público*, pero en tratándose del *defensor particular* o *privado* en nuestra opinión es un defensor del *justiciable* que está obligado a preservar y actuar en patrocinio de los intereses de su representado.

La toma de posición no va a ser pacífica, pero es claro que si puede incluso aconsejarle que *guarde silencio* o no declare sin que se pueda tachar la conducta del abogado como obstaculizadora de la administración de justicia o del derecho. Basta pensar en el Proceso contra OJ Simpson al que se considera como el juicio del siglo en USA celebrado en el año 1995, en que los abogados del llamado

Dream Team un equipo de abogados defensores de alto perfil, liderado inicialmente por Robert Shapiro y luego por Johnnie Cochran, le sugirieron que no preste testimonio. El equipo también incluía a F. Lee Bailey, Alan Dershowitz, Robert Kardashian, Shawn Holley, Carl E. Douglas y Gerald Uelmen. Barry Scheck y Peter Neufeld fueron dos abogados adicionales especializados en la evidencia basada en ADN.

Parece más propio cuando pensamos en la figura el defensor particular o privado, que se admita que es el ejercicio de un derecho a defender a una persona en una contienda judicial aunque no faltan quienes agreguen que la función del abogado es también defender la justicia¹⁴⁸. Como dice Brond, los abogados junto a los sacerdotes y los médicos han sido en todos los pueblos y épocas, *los profesionales de mayor jerarquía, quizás debido a que las tres ocupaciones manejan la vida, la muerte y las angustias de los seres humanos*.

Es cierto que la figura del abogado puede resultar la más discutible y hasta se lo ha pretendido suprimir, pues no había defensores un tiempo en Atenas y en algunos momentos en la Roma imperial. Las ordenanzas francesas de 1498, 1539 y 1670, prohibieron los defensores. Los indígenas de América Latina tampoco tuvieron acceso a un defensor,¹⁴⁹ y es partir de la revolución Francesa que se reconoce el derecho a contar con un defensor. Durante el Nacional Socialismo Alemán hubo intentos de limitar el derecho a la defensa, o existía *formalmente* sin un acceso real a contar con una buena asistencia legal que se traduce en contar con el tiempo y los medios para ejercerla a plenitud.

El ejercicio de la defensa en materia penal o de *casos penales* no siempre es recibido de buena manera. Tal vez la excepción se da con la defensa pública o de oficio en que tomando el ejemplo del sistema norteamericano, busca mecanismos de *justicia penal negociada* través de la *cooperación eficaz* o del *procedimiento abreviado*. USA llega hasta al 97 % con la justicia penal negociada y solamente el 3 % llega a juicio. Esto se mide como un alto *eficientismo* vs el *garantismo*

148 Leonardo G. BROND, *Lavado de dinero. Responsabilidad de defensores por la aceptación de dineros provenientes de un ilícito penal*. Hammurabi, Buenos Aires, José Luis de Palma Editor, 2016, 43.

149 Leonardo G. Bond, *en ob. cit.* p. 44.

penal que termina siendo sacrificado, pues jamás se podrá conocer la cifra real de los que son injustamente condenados. Muchos inocentes se acogen al *procedimiento abreviado* ante la ausencia de recursos económicos para proveerse de un defensor particular.

Ya apreciaremos en los comentarios cual ha sido el tratamiento del abogado defensor en Alemania cuando se trata de honorarios maculados porque se reputa que tienen un origen ilícito, y lo mismo en USA cuando se trata de defensas relacionadas con la delincuencia organizada. En verdad no se cuan de cierto sea atribuirle al abogado defensor particular, la calidad de *auxiliar de la justicia* o de servidor del interés público de la justicia y no de defensor de un interés particular.¹⁵⁰

Responsabilidad del abogado defensor que recibe honorarios maculados

Por la importancia que tiene el tema y por la afectación que puede tener para el libre ejercicio no solo de la profesión de abogado sino de cualquier otra actividad profesional, vamos a insertar algunas reflexiones sobre la eventual responsabilidad penal del abogado que recibe por concepto de honorarios profesionales, *activos, bienes o dineros maculados*. Es decir con el conocimiento de que los mismos provienen de la comisión de un delito, bien que tuviese conocimiento con visos de certidumbre del origen ilícito, o que deba presumir razonablemente tal antecedente delictivo.

De acuerdo con nuestra legislación el *lavado de activos* es un tipo penal abierto, y sus modalidades delictivas están previstas en una serie de verbos rectores como núcleo del tipo, que incluyen actividades como las de asesoramiento técnico entre las que bien pueden incluirse la del abogado que por ejemplo, crea *compañías de papel* como medio para *lavar activos maculados*.

Cuando el Art. 317 del COIP utiliza expresiones como las de sancionar a quien “se beneficie de cualquier manera, de activos de origen ilícito”, puede incluir la figura del abogado asesor o consultor

¹⁵⁰ Leonardo G. Bond, en ob. cit. p. 45.

que conociendo la *necesidad de lavar activos maculados*, asesora las formas o maneras de darle visos de licitud a determinadas transacciones o negociaciones.

El tema en discrepancia es si debe responder penalmente el abogado que pudiendo conocer razonablemente ¿qué le están pagando sus honorarios con *activos maculados*, los acepta? Pensemos que podría estar cubierto por una *causa de justificación* que enerva el juicio de *antijuridicidad* porque nos encontraríamos frente al ejercicio legítimo de un derecho, profesión u oficio, que es causa que excluye el juicio de desvalor del acto.¹⁵¹

Pensemos por un momento en el caso de un ciudadano a quien se encuentra con un gran alijo de cocaína y tiene antecedentes por el mismo tipo de delitos, y decide contar como su defensor con un abogado con quien pacta libremente un alto monto de honorarios. Debe el abogado presumir razonablemente que le está pagando honorarios con *dinero maculado* y que con su intervención estaría *blanqueando* parte de los *activos sucios* ¿Y si fuese cierto este razonamiento, debe abstenerse de intervenir por el riesgo de ser procesado por *lavado de activos*?

El imputado tiene el derecho de elegir a un defensor de su confianza y pagar los honorarios que estime justos en esa contratación profesional. La Constitución de Ecuador del 2008, en el Art. 75 garantiza el derecho a la defensa y a una tutela judicial efectiva, y en el Art. 76 n. 7 garantiza *in extenso* el derecho a la defensa, que se encuentra previsto igualmente en el Art. 8 n. 2 del Pacto de San José o Convención Americana de Derechos Humanos. A lo expresado agregamos, que tiene plena aplicación el *principio de presunción de inocencia*, de manera que para el abogado su patrocinado está protegido constitucionalmente por el *principio de presunción de inocencia* mientras no exista una sentencia condenatoria en firme. Establecer responsabilidad del abogado por recibir un pago de honorarios que debe asumir o presumir que son *activos maculados* significaría un adelantamiento de la punibilidad – que es una característica del *derecho penal del enemigo* – por un *presunto delito de drogas* por ejemplo, del cual se va a presumir otro que es el de *lavado de activos*.

151 Alfonso Zambrano Pasquel, *Manual de derecho penal. Parte General*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008), 243 y ss.

Lavado de activos y derecho penal del enemigo

El Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid Manuel Cancio Meliá, empieza por recordarnos que la reintroducción macabra de este “Derecho Penal del enemigo” es consecuencia principalmente de los acontecimientos del 11 de septiembre del 2001.¹⁵² Su propuesta se dirige a examinar este concepto para encontrar su significado para la teoría del Derecho Penal y evaluar sus aplicaciones desde la política criminal, para esto propone esbozar la situación global de la política criminal en el momento actual, para luego abordar el contenido y la relevancia del concepto de Derecho Penal del enemigo. Como Derecho positivo, este Derecho penal del enemigo, forma parte nominalmente del sistema jurídico-penal real, afirmando que “Derecho penal del ciudadano” es un pleonismo, y “Derecho penal del enemigo”, una contradicción en los términos.¹⁵³

Al referirse al estado actual de la política-criminal, considera que esta puede resumirse utilizando el concepto del profesor Jesús-María Silva Sánchez, de la Universidad Pompeu Fabra, que caracteriza a la política criminal de las sociedades postindustriales, como la “expansión” del Derecho penal. Esto se corrobora por la onda expansiva que caracteriza las nuevas formas de criminalidad que se van incorporando a los cuerpos normativos penales, que llega en ocasiones a la propuesta de verdaderos cuerpos legales calificados como antiterroristas, con supuestos de criminalización de actos preparatorios, y lesiones a bienes jurídicos con penalizaciones excesivamente rigurosas. Cancio Meliá califica tal postura como de un “Derecho penal de la puesta en riesgo”, de características antiliberales. Esta evolución político-criminal y su onda expansiva, se resume en dos fenómenos: a) el derecho penal simbólico, y, b) el resurgir del punitivismo. Tanto la evolución simbólica como el aumento de la punibilidad constituyen el linaje del Derecho penal del enemigo¹⁵⁴. Hay que estar precavidos de entender bien que el concepto de “simbólico” no elude el convencimiento de la dureza “muy real y nada simbólica” de las experiencias que sufre quien es

¹⁵² Gunther Jakobs, Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, (Madrid: Thomson-Civitas, 2003), 60.

¹⁵³ Manuel Cancio Meliá, *ob. cit.* p. 61.

¹⁵⁴ Manuel Cancio Meliá, *en ob. cit.* p. 65.

sometido a un sistema penal “duro”. Sin duda, tanto por la dureza como por las condiciones en que es cumplida, la pena me parece en este caso un acto de venganza y la imposición de un daño concreto que tiene poco de “simbólico”. En casos como este, en lo personal no encuentro legitimación en los predicados de la prevención general o especial, y la única explicación -no justificación- debemos encontrarla en la ideología de la retribución. Como bien expresa Cancio Meliá, cuando se usa en sentido crítico el concepto de Derecho Penal Simbólico, hacemos referencia a que “determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la impresión tranquilizadora de un legislador atento y bien decidido”, agregando que el Derecho Penal Simbólico tiene su descendiente, que es el Derecho Penal del enemigo.¹⁵⁵

La expansión no se limita a incrementar los tipos penales de la parte especial para amplificar el radio de aprehensión del Código Penal, sino que se completa incrementando las escalas punitivas, con lo cual se destruyen los movimientos de reformas en la línea de un *Derecho penal mínimo*. Grave resulta comprobar que en esta tendencia, no sólo participa los denominados sectores de la derecha sino inclusive los calificados como de izquierda o progresistas, esto se produce porque el discurso de *ley y orden* es redituable políticamente, es el de menor esfuerzo y el de mayor aceptación ciudadana. Resulta claro que no se pueden separar punibilidad y derecho penal simbólico, debiendo tener presente el rédito político que produce un uso instrumental de esta propuesta de derecho penal simbólico, que es una propuesta que permite incluso seguir manteniendo el ejercicio del poder político.

En la opinión de Jakobs,¹⁵⁶ el Derecho Penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: a.- Hay un adelantamiento de la pena a estadios previos a la comisión del delito, que ni siquiera están en el plano de la tentativa sino de los actos preparatorios, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva porque toma como punto de referencia un hecho futuro, en lugar de ser retrospectiva que es lo normal, es decir referida a un hecho pasado o cometido. b.- Las penas son desproporcionadamente altas en esos

¹⁵⁵ Manuel Cancio Meliá, *En Ob. Cit.* P. 68.

¹⁵⁶ Manuel Cancio Meliá, *En Ob. Cit.* P. 79-81.

estadios previos. c.- Las garantías procesales son recortadas y hasta suprimidas.

El catedrático de la Universidad Pompeu Fabra, Jesús- María Silva Sánchez,¹⁵⁷ ha incorporado el fenómeno del Derecho penal del enemigo a su propia visión político-criminal. En el marco del ordenamiento jurídico penal actual se diferencian dos *velocidades*. La primera *velocidad* se refiere al Derecho Penal en el que se siguen imponiendo penas privativa del Derecho a la Libertad como ha sido tradicional, aquí se mantienen vigentes los principios político-criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos (como los del debido proceso). La segunda *velocidad* está constituida por aquellas infracciones en las que se imponen penas pecuniarias o restrictivas de determinados derechos (sanciones de inhabilitación, de suspensión, de clausura, de inhabilitación), las propuestas de un derecho penal administrativo se vienen discutiendo. Frente a estos planteamientos, el Derecho penal del enemigo se presenta como la tercera *velocidad*, en el que van a coexistir la imposición de penas privativas de la libertad, y la aplicación negativa de los principios político- criminales y las reglas de imputación, porque se llegan a penalizar los estadios previos y a recortar garantías procesales.

Luis Gracia Martín, coincide en identificar las regulaciones típicas de un Derecho penal del *enemigo*, sintetizadas en: 1) la anticipación de la punibilidad a actos *preparatorios* de hechos futuros, como podría ser la sola pertenencia a una organización criminal como en el caso del terrorismo; 2) desproporcionalidad de las penas, con la imposición de penas sumamente altas para actos *preparatorios* o de tentativa, en comparación con delitos consumados, llegándose a agravaciones desmesuradas por la sola pertenencia a una organización calificada como delictiva; 3) recuerda que hay la tendencia reconocida por el propio Jakobs, de llamar a esta legislación como “leyes de lucha , o de combate” , lo cual representaría “pasar de una legislación penal a una legislación de combate” ; 4) que hay una restricción de garantías y derechos *procesales* de los imputados, cuestionándose la presunción de inocencia, dando paso a la licitud de la prueba prohibida,

¹⁵⁷ Jesús- María Silva Sanchez, *La Expansión Del Derecho Penal, Segunda Edición*, (Madrid: Civitas, 2001), 167.

ampliándose plazos para la detención policial, la interceptación de las comunicaciones sin resguardo alguno y hasta la legitimación de la tortura; y, 5) se producen regulaciones en el Derecho *penitenciario* que significan recorte de determinados beneficios, desde los que tienen que ver con la clasificación y ubicación de los internos, hasta las posibilidades de excarcelación anticipada.¹⁵⁸

Este Derecho Penal del enemigo, es una herramienta de mercadotecnia utilizada hábilmente por los agentes políticos y sus secuaces, que termina conduciéndonos a un nuevo derecho penal de autor en pleno siglo XXI, pues se busca identificar y definir previamente al *enemigo* a quien se debe destruir incluso por sus pensamientos, lo cual hace surgir la incompatibilidad del derecho penal del enemigo con el principio del hecho¹⁵⁹, vale decir con un Derecho Penal de acto. Debemos preguntarnos si ¿esta gran *cruzada* contra el *enemigo*, ha destruido al enemigo o al menos limitado su escalada de crecimiento?

Por nuestra parte decimos que el respeto al Estado de Derecho debe ser total y sin limitación alguna. No es posible concebir un Estado de Derecho a medias, o es Estado de Derecho o no es Estado de Derecho.¹⁶⁰

Lavado de activos e imputación objetiva

Podría presentarse la situación de un involucramiento a abogados que reciben dineros para patrocinar defensas conociendo o debiendo presumir razonablemente que tales *activos* tienen un origen *delictivo*. Pero podríamos aplicar el mismo razonamiento para incriminar o abrir un proceso penal por *lavado de activos* a un médico cirujano plástico o estético, que recibe la visita de un “jefe narco”, y el pago de \$50 mil dólares para embellecer a la novia joven del “jefe narco”. Igual podría ocurrir con el profesional que crea compañías para venderlas constituidas, o del agente inmobiliario que ofrece propiedades en venta, o del importador de vehículos que ofrece o que vende sus

158 Luis Gracia Martín, *Consideraciones Críticas Sobre El Actualmente Denominado “Derecho Penal Del Enemigo”*, Revista Electrónica De Ciencia Penal Y Criminología (RECP) 07-02 (2005), 4. Obtener en <http://criminnet.ugr.es/recpc/>

159 Manuel Cancio Meliá, *En Ob. Cit.* P. 100.

160 Alfonso Zambrano Pasquel, *Política Criminal, Derecho Penal del Enemigo y la Impronta del Terrorismo*, (Lima: Jurista Editores, 2009), 249-281.

carros a *capos del narcotráfico*, o a los que lideran una red de prostitución, de tráfico de armas, de tráfico de migrantes, de pornografía infantil, etc. Probablemente con tal razonamiento se paralizaría cualquier actividad profesional por el riesgo de una incriminación.

Nuestro razonamiento se perfila en el sentido de sostener que ni el abogado ni el médico se habrían apartado de sus *roles propios* como abogado y como médico, en la sociedad de riesgo en que vivimos; que su conducta es *socialmente adecuada* en la concepción de Hans Welzel, y que siendo en verdad conductas neutras por ser socialmente adecuadas, debe funcionar u operar a favor de ellos la *prohibición de regreso* de Gunther Jakobs, no siendo en consecuencia merecedoras de reproche desde la óptica penal.

El mismo Jakobs, al referirse al tema de la *imputación objetiva* reconoce que “la causación, aun como causación adecuada o dolosa, resulta de manera manifiesta insuficiente para fundamentar por sí sola la imputación. La causación únicamente afecta al lado cognitivo de lo acontecido y de ahí que no aporte orientación social. Si en todo contacto social, todos hubiesen de considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada. No se construiría ni se matricularía ningún automóvil, ni se produciría ni se serviría alcohol, etcétera, y ello hasta el extremo que a la hora de pagar sus deudas todo el mundo debería prestar atención a que el acreedor no planease realizar algo ilícito con el dinero recibido. En conclusión la interacción social se vería afectada por funciones de supervisión y otras auxiliares”.¹⁶¹

Agregamos por nuestra parte que el ciudadano y en este caso el abogado debe responder si se aparta de su *rol*, pues cada persona debe asumir el correspondiente rol y responder por el mismo cuando se desvía. Como dice el mismo Jakobs, “las garantías normativas que el derecho establece no tienen como contenido el que todos intenten evitar todos los daños posibles- si así fuese, se produciría una paralización inmediata de la vida social-, sino que adscriben a determinadas personas que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción -y no a todas las personas- determinados

¹⁶¹ Gunther Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal*, (Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996), 19-20.

cometidos, es decir, aseguran standars personales, roles que deben ser cumplidos... con lo dicho creo que queda claro lo que es objetivo en la imputación objetiva del comportamiento: se imputan las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol. No son decisivas las capacidades de quien actúa, sino las de un portador de rol, refiriéndose la denominación *rol* a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables; se trata por tanto, de una institución que se orienta con base en personas”.¹⁶²

En expresiones del mismo Jakobs, “La responsabilidad jurídico-penal siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol”.¹⁶³ Admitiendo que hay dos clases de roles, el que llama *roles especiales* que cuando adquieren relevancia jurídica, siempre son segmentos referidos a personas como en la relación de padres a hijos, que deben formar una comunidad. Los titulares de estos roles al quebrantarlos deben responder como autores. En el otro grupo están los roles comunes, que aluden al rol de comportarse como una persona en derecho, es decir el de respetar los derechos de los demás como contrapartida al ejercicio de los derechos propios.

Podemos relacionar lo dicho con las *fuentes de posición de garante*, como para responder a la interrogante de *¿cuándo se tiene la obligación jurídica de impedir un acontecimiento?* La exigibilidad de la conducta y la posibilidad del reproche de culpabilidad son temas de alto contenido doctrinario, y hay mucho material para el debate.

Hay que advertir que no es cierto, como en más de una ocasión jueces u otros operadores de justicia afirman, que la doctrina penal es irrelevante en la toma de decisiones al momento de resolver, muy por el contrario y en el tema de la *imputación objetiva* la aplicación de la misma ya tiene un espacio consolidado en la jurisprudencia colombiana y peruana,¹⁶⁴ ni que decir en la jurisprudencia y doctrina españolas y alemanas. En Ecuador en forma expresa el COFJ del 9 de marzo del 2009, señala en el Art. 28 que consagra el *Principio de la obligatoriedad de administrar justicia*, en el párrafo tercero:

¹⁶² Gunther Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal*, ob. Cit. P. 21-22.

¹⁶³ Gunther Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal*, ob. Cit. 71

¹⁶⁴ Felipe Villavicencio Terreros, *La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana*, en www.alfonsozambrano.com

“Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia”.

Para destacar la importancia de la *imputación objetiva*, recordemos que hay *delitos de mera actividad* (caso de la injuria) en que el tipo se consolida por la manifestación de la conducta descrita, y los *delitos de resultado* cuando se requiere la manifestación de un resultado apreciable de manera objetiva (un homicidio). Se podría decir en principio que realizada la conducta típica en el primer caso, o producido el resultado en el segundo, podemos afirmar la tipicidad objetiva y verificar la tipicidad subjetiva para considerar concluida la tipicidad y seguir al examen de la antijuridicidad. Pero realmente se presentan casos en que por la separación entre el acto y el resultado, surgen dudas acerca de la necesidad político-criminal de hacer responsable al autor por el hecho delictuoso que se causa, tratando de determinar, que el *causar* el resultado por la conducta del sujeto es *jurídicamente esencial*.

Como dice el jurista peruano Manuel A. Abanto Vásquez, “desde hace algún tiempo y después de múltiples intentos por solucionar los problemas *manipulando* la teoría de la causalidad, la doctrina ha venido considerando la necesidad de agregar una exigencia más de carácter normativo (no prevista expresamente en la ley) dentro de la *tipicidad*. Nos estamos refiriendo a la *imputación* objetiva. Según esta teoría ‘para que un determinado comportamiento pueda ser entendido como que realiza el tipo, no basta la realización material del mismo, sino que es preciso que dicha realización material sea imputable jurídicamente a aquel comportamiento’.¹⁶⁵ Es decir no basta por ejemplo con haber causado, dolosa o imprudentemente, una muerte o una lesión corporal para que el sujeto activo haya realizado el tipo; es necesario además que dicho resultado típico pueda serle imputado objetivamente a él, con base en determinados criterios... La *imputación objetiva* implica la admisión en la tipicidad, en contra de la doctrina clásica de un elemento de valoración. Esto

165 Santiago Puig Mir, *Derecho Penal. Parte general*. (Barcelona: Reppertor, 1990), 229.

no es incompatible con la comprensión moderna de la tipicidad, pues se ha reconocido a esta, ampliamente un carácter de proceso de atribución valorativo”.¹⁶⁶ La teoría de la imputación Objetiva no solamente ha encontrado aplicación en los delitos dolosos de comisión. Su importancia es inclusive más evidente en los delitos de omisión impropia (o de comisión por omisión), donde el tipo objetivo ni siquiera requiere una relación de causalidad propiamente dicha, sino solamente que al sujeto activo le sea *imputable objetivamente* el no haber impedido el resultado cuando debió haberlo hecho en virtud de su posición de garante”.¹⁶⁷

Para nosotros la teoría de la *imputación objetiva* resultaba inobjetable en los delitos culposos, porque nos permite solucionar problemas como los relacionados con la infracción del deber de cuidado, la previsibilidad, la evitabilidad del resultado. Es de tal relevancia hoy la teoría de la *imputación objetiva* al punto que solo puede ser considerado autor del resultado típico aquel a quien puede imputársele objetivamente tal hecho. El principio general en que se basan los criterios de imputación objetiva, exige que la acción humana haya producido un riesgo que merezca ser desaprobado legalmente, el cual debe además haberse producido en el resultado y debe encontrarse comprendido por el fin de protección de la norma.

El Prof. Claus Roxin que tiene espacio propio en el tema de la *imputación objetiva* nos recuerda que la teoría de la imputación había caído en el olvido completamente en la segunda mitad del siglo XIX, en el curso del pensamiento causal orientado en las Ciencias naturales se reactiva a partir de los años sesenta del siglo XX, expresando que “en la ciencia se impone cada vez más la concepción de que la imputación al tipo objetivo tiene que realizarse según dos principios relacionados entre ellos:

- a) Un resultado causado por el actor solo debe ser imputado al tipo objetivo cuando la conducta del autor ha creado un peligro para el objeto de la acción no cubierto por el riesgo permitido, y ese peligro se ha realizado también en el resultado

¹⁶⁶ Juan Bustos Ramírez, *El delito culposos*, (Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1995), 30 y s.

¹⁶⁷ Manuel A. Abanto Vasquez, *La imputación objetiva en el derecho penal. Nociones preliminares*, (Lima: Idemsa, 1997), 14-16.

concreto... Mientras que la ausencia de la creación de un peligro lleva a la impunidad, la falta de realización del peligro en una lesión típica del bien jurídico solo tiene por consecuencia la desaparición de la consumación, de tal manera que, dado el caso, puede imponerse una sanción penal por tentativa.

- b) Generalmente es imputable el resultado cuando constituye la realización de un peligro creado por el autor, de tal manera que se completa el tipo objetivo. Pero aun así puede excepcionalmente negarse la imputación cuando el radio de acción del tipo no incluye el impedir tales peligros y sus efectos... Resumiendo se puede decir, entonces, que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un riesgo creado por el autor, no cubierto por un riesgo permitido y que se encuentra dentro del radio de acción del tipo".¹⁶⁸

Aquí entra en consideración otro de los aspectos que se tienen en cuenta para llegar a la *imputación objetiva* que es el *riesgo socialmente permitido* y la determinación en el caso concreto, si el sujeto actuó dentro del riesgo que estaba socialmente permitido o se excedió del mismo, caso en el que se debe aplicarse la imputación objetiva.

La sola causación de un resultado adecuada o dolosa es insuficiente para fundamentar por sí sola la imputación. La causación solamente afecta el lado cognitivo de lo acontecido sin ningún aporte social. Si en toda manifestación social se hubieren de considerar todas las posibilidades y probabilidades desde el punto de vista cognitivo simplemente se paralizaría toda actividad de la sociedad, desde la fabricación de un automóvil por el pronóstico posible de una causación de víctimas, la producción de bebidas alcohólicas por el peligro de muerte por intoxicación, la intervención quirúrgica por la posibilidad de que el paciente no soporte la operación o tenga problemas post operatorios, no se construirían los aviones o los ascensores por el temor o riesgo de un accidente, y un interminable etcétera.

Como dice el mismo Günther Jakobs, el ciudadano que paga una

¹⁶⁸ Claus Roxin, *La imputación objetiva en el derecho penal. La imputación ulterior al tipo objetivo*, Lima: IDEMSA, 1997, 91-93.

obligación comenzará a pensar si el que recibe el pago va o no a darle un buen uso al dinero, en conclusión, la interacción social se vería asfixiada por funciones de supervisión y otras auxiliares”.¹⁶⁹ Lo que resulta cierto es que el fabricante de un avión, de un automóvil, de un ascensor, tiene que cumplir con los estándares (requisitos, control de calidad, pruebas previas, etc.) sin que tenga que estar preocupado por lo que pueda ocurrir luego con el aparato construido. Las garantías normativas que el derecho establece, “no tienen como contenido el que todos intenten evitar todos los daños posibles -si así fuese se produciría una paralización inmediata de la vida social-, sino que adscriben a determinadas personas que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción- y no a todas las personas -determinados cometidos, es decir aseguran estándares personales, roles que deben ser cumplidos. De este modo, posibilitan una orientación con base en patrones generales, sin necesidad de conocer las características personales de la persona que actúa. Sólo de este modo son posibles contactos anónimos, o al menos, parcialmente anónimos: no es necesario averiguar el perfil individual de quien tenemos en frente, pues dicha persona es portadora de un rol”.¹⁷⁰

En su momento lo que se va a examinar es si el actor o sujeto no se apartó de su *rol* en función del cargo o empleo o actividad que desempeña en una sociedad de riesgo, apareciendo lo que luego vamos a consignar como el *riesgo socialmente permitido*. Los ejemplos clásicos son ilustrativos, como el del panadero que cumple con su *rol* siéndole ajeno que quien compra pan, luego lo envenene para cometer un asesinato sin la participación o cooperación del panadero, o el caso del taxista que cumple con su *rol* y hace una carrera o servicio de taxi, pero ocurre que los ocupantes del carro van a consumir un robo en el lugar del destino, tal acontecimiento es ajeno para el taxista que no se apartó de su rol. Esto es perfectamente aplicable para quienes transporten drogas ilegales sin conocimiento, en que estaríamos frente a *un error de tipo* pues falta el dolo que es el *querer de un resultado típico*, y ante la inexistencia de un actuar en forma consciente y voluntaria, esto es con conocimiento o representación, y con la intención de la adecuación de la conducta al acto

169 Gunther Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal*, (Buenos Aires: Ad-hoc, 1997), 20.

170 Gunther Jakobs, *en ob. Cit.*, p. 21.

típico, el acto no será típico por ausencia del dolo. Lo mismo deberíamos decir del abogado que constituye compañías y las vende, él ha actuado dentro de su *rol*, su *conducta es neutra* o inocua, y debe aplicarse correctamente la *prohibición de regreso* a su favor.

Lo que es objetivo en la imputación objetiva del comportamiento es que se imputan las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un *rol*. No son decisivas las capacidades de quien actúa sino las de un portador de *rol*, definiéndose la denominación *rol* a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables, se trata de una institución que se orienta con base en personas. En los llamados delitos imprudentes esto resulta de más fácil aplicación, pues quien conduce un vehículo a velocidad excesiva asume el *riesgo* de la causación de un delito o infracción de tránsito, y si este hecho se produce debe responder porque se apartó de su *rol* de ciudadano, que debe conducir con la debida prudencia y cuidado. Distinta es la situación del mecánico que repara o repone adecuadamente los dispositivos de freno, que cumple con el encargo de revisión de motor y cambio de llantas, pues *no se apartó de su rol*, siendo para el indiferente lo que pueda ocurrir después de que ha cumplido con el encargo atinente a su *rol* de mecánico.

Le teoría de la *imputación objetiva* es una herramienta para interpretar adecuadamente si el suceso o acontecimiento puesto en marcha por una persona debe ser apreciado como un acontecer socialmente relevante o irrelevante, como socialmente extraño o adaptado. Se busca que el acontecimiento deje de ser estrictamente naturalista, esto es que vaya más allá de ser una suma de datos que no tienen ninguna relevancia jurídica. Desde la óptica del Derecho Penal no se plantea la cuestión de lo que una acción o acto ha producido de una manera objetivamente imputable, sino si el acontecimiento por ser objetivamente imputable, constituye en realidad una acción jurídico-penalmente relevante.¹⁷¹

En palabras del propio Jakobs se puede resumir:

171 Gunther Jakobs, en ob. Cit. P. 24. Quien agrega, "Sin el esquema objetivo de interpretación no se alcanza el ámbito de lo social".

- 1.- Los seres humanos se encuentran en el mundo social en condición de portadores de un rol, esto es, como personas que han de administrar un determinado segmento del acontecer social conforme a un determinado estándar.
- 2.- Entre autor, víctima y terceros, según los roles que desempeñen, ha de determinarse a quien compete, por si solo o junto con otros, el acontecer relevante, es decir, quien por haber quebrantado su rol administrándolo de modo deficiente responde jurídico-penalmente – o si fue la víctima quien quebrantó su rol, debe asumir el daño por si misma-. Si todos se comportan conforme al rol, solo queda la posibilidad de explicar lo acaecido como desgracia.
- 3.- Esto rige tanto respecto de hechos dolosos como de hechos imprudentes; solo que en el ámbito de hechos dolosos frecuentemente el quebrantamiento del rol es tan evidente que no necesita de mayor explicación- lo cual es menos habitual en los hechos imprudentes”.¹⁷²

Para nosotros el *rol* del ciudadano o ciudadana se convierte en esencial, pues debemos determinar si ha quebrantado o no el *rol* que le era propio, para concluir si hay lugar a la *imputación objetiva*. Si el actor se comporta dentro de su *rol* como ciudadano la conducta resulta adecuada a derecho y en consecuencia surge la *prohibición de regreso*. Veamos un caso sencillo: el médico interviene en una operación cuyo resultado *prima facie* es bueno, y luego durante el post operatorio el o la paciente deliberada o negligentemente no cumple con las prescripciones médicas, a consecuencia de lo cual se enferma y muere. Resultaría injusto que se le pretenda imputar objetivamente el resultado al médico que cumplió con su *rol* como tal, y en este caso el resultado es atribuible estrictamente a la víctima. Si en el mismo caso, el paciente fallece a consecuencia de un accidente de la ambulancia que lo traslada a su domicilio, todos habrían cumplido con su *rol* y nos encontraríamos con un hecho fortuito o una desgracia.

172 Gunther Jakobs, en ob. cit. p. 25.

Queremos intentar respuestas en función de las distintas modalidades de adecuación típica que prevé el delito de *lavado de activos* de Ecuador, que contempla figuras como las de asesoramiento técnico, así como de organización de sociedades o empresas que tengan el propósito de *lavado de activos*, conforme prevé el Art. 317 del COIP. *Prima facie* podría aplicarse la Ley, al abogado que le vende la Compañía a quien tiene *activos maculados* que los va a *blanquear* a través de las Compañías compradas, al importador que le vende vehículos incluso a precios mayores que los del mercado, al constructor que le vende un edificio, al Ingeniero o Arquitecto que le hace el diseño de un proyecto inmobiliario, al asesor financiero que le sugiere en que sector hacer una inversión con una rentabilidad mayor, como en línea de supermercados o grandes tiendas de productos varios, al médico que asesora para que se hagan inversiones en la construcción de centros hospitalarios, de edificios para atención de médicos, o venta en propiedad horizontal, en la industria farmacéutica, en la compra o creación de una cadenas de boticas, etc.

Si todos los hechos precedentes se diesen, siendo parte de una organización criminal en la que hay reparto de trabajo, parece razonable que la *imputación objetiva* abarque a todos porque los actores son parte de una estructura de delincuencia organizada, en la que hay una división de trabajo. Si no fuese así no tiene por qué responder el abogado, el importador, el asesor financiero, el ingeniero, el arquitecto, el médico o cualquier otro profesional, que actúa dentro de su *rol* propio. Porqué debe preocuparle al abogado o a cualquiera de los otros profesionales, el destino que se le da finalmente a la compañía, empresa o negocio? Esa situación escapa al *rol* propio de cada uno de los actores que prestaron un servicio en el ámbito de su competencia funcional o profesional.

Si no se aplica correctamente la *imputación objetiva* seguramente nos vamos a encontrar con situaciones injustas, como la ocurrida a algún abogado ecuatoriano, que vendió compañías, que luego asumió la gerencia de las mismas y que recibió transferencias de banco a banco, y las utilizó para pagar obligaciones pendientes o que se contraían. El abogado fue apresado y condenado por *asociación criminal* y *lavado de activos* que provenían presumiblemente de

tráfico de drogas ilegales, no obstante que jamás recibió dinero en efectivo sino que el dinero provenía de transferencias de banco a banco. Jamás se llamó a juicio y menos se condenó a alguno de los banqueros que transfirieron dineros presumiblemente *maculados* o *sucios*.

Recordemos lo que nos dice el propio Jakobs con respecto al tema de la *imputación objetiva*, recordando que hay determinados límites a los roles, al igual que sucede con las posiciones de garante, sin cuya superación no debe imputarse un curso lesivo aunque haya sido acusado de modo que fuese perfectamente evitable. El Prof. Günther Jakobs enuncia lo que él denomina cuatro instituciones que le dan soporte a la *imputación objetiva*, advirtiéndole que se trata de posibles configuraciones coherentes para construir la *imputación objetiva*, es decir que no se trata de conceptos irreductibles sino que deben ser racionalizados en el momento de examinar el caso.

- 1.- Con respecto al *riesgo permitido*, dice el profesor Jakobs, “no forma parte del rol de cualquier ciudadano eliminar todo riesgo de lesión de otro. Existe un *riesgo permitido*”.¹⁷³

Como ilustración mencionemos ejemplos como los de diseño de un automóvil, de un avión, de una intervención quirúrgica, que deben responder a un estándar, de manera que cualquier riesgo residual es ajeno al rol del ciudadano que hace el diseño o del médico. Allí entra en consideración el *riesgo socialmente permitido* que asume quien conduce un automóvil o viaja en un avión, o se somete a una intervención quirúrgica. No es válido pensar en la posibilidad de prohibir cualquier puesta en peligro, pues de ser así se paralizaría toda actividad social. Como dice Jakobs, “no es la propia praxis, sino las normas que determinan la práctica las que conforman el riesgo permitido. Sin embargo, resulta evidente que con frecuencia una praxis consolidada modifica las normas rectoras de la práctica hacia una regulación más laxa o más estricta. El Derecho no puede desvincularse de la evolución de la sociedad en la que ha de tener vigencia”.¹⁷⁴

¹⁷³ Gunther Jakobs, en ob. cit. p. 28.

¹⁷⁴ Gunther Jakobs, en ob. cit. p. 29.

Por mucho cuidado que tengan los padres con respecto a los hijos, ponerlos a salvo de todo tipo de peligros es simplemente ¡imposible!

- 2.- “Cuando el comportamiento de los seres humanos se entrelaza, no forma parte del rol del ciudadano controlar de manera permanente a todos los demás; de otro modo, no sería posible la división del trabajo. *Existe un principio de confianza.*

En determinados ámbitos – pero solo en determinados ámbitos – también se puede vincular el principio de confianza a la idea de protección de bienes jurídicos. Quien permanentemente está controlando a otros no puede concentrarse plenamente en su propia tarea y de ahí que en la mayoría de las ocasiones pierda más respeto de la realización de la propia tarea de lo que obtiene a través del control de los demás. Pero esto no es ni la única razón, ni siquiera la razón fundamental. Por el contrario la razón fundamental estriba en que los demás son a su vez, sujetos responsables. La idea de responsabilidad quedaría destruida si los demás fuesen concebidos de modo exclusivamente cognitivo y no, también, como sujetos responsables “. ¹⁷⁵

Es válido lo que sostiene el jurista alemán Jakobs pues el *principio de confianza* es también importante, pensemos en el ejemplo del dueño del vehículo que lo deja en reparación y lo retira, el dueño no tiene razones para dudar de la *confianza* que le merece el mecánico aunque en un caso concreto pueda haber actuado de mala fe o con negligencia o descuido. Si se produce un hecho lamentable por parte del conductor, atribuible a las malas condiciones del vehículo, se puede llegar a determinar que él no incumplió con su *rol* y que el *principio de confianza* lo llevó a suponer que el mecánico también había actuado dentro de su *rol* aunque en realidad no hubiese sido así.

El *principio de confianza* hace factible la división de trabajo y permite en un momento dado comprobar quien se apartó de su *rol*. Quien conduce un vehículo puede confiar en que el otro conductor va a respetar el derecho de preferencia aunque en un momento

¹⁷⁵ Gunther Jakobs, en ob. cit. p. 30.

dado eso no ocurra así, pero el *principio de confianza* es importante para la supervivencia de una sociedad civilizada. Aplicado al tema de *lavado de activos* podríamos sostener que el abogado que recibe el encargo de una defensa, confía en el *origen lícito* de los dineros que recibe como pago justo por su trabajo, al igual que el médico, el economista, el ingeniero, etc. El profesional no tiene por qué ir a averiguar el origen de los dineros con el que se le hace el pago de honorarios, pues está actuando dentro del cumplimiento de su *rol*, y en el ejercicio legítimo de una profesión, arte u oficio.

- 3.- Para mantener coherencia en el comentario, si un sujeto o actor no se aparta de su *rol* ni defrauda la *confianza*, que los demás tienen en su actuación, resultaría injusto que se le *impute objetivamente* el resultado que puede ser lesivo de bienes jurídicos de terceros, siendo esta situación resuelta mediante la denominada *prohibición de regreso*. Como dice el profesor Jakobs, “el carácter de un comportamiento no puede imponerse de un modo unilateral-arbitrario. Por tanto, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro incardine dicho vínculo en una organización no permitida. Por consiguiente, existe una *prohibición de regreso* cuyo contenido es que un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida”.¹⁷⁶

Como hemos dicho a favor del profesional, abogado, médico, ingeniero, arquitecto, economista, etc., debe funcionar y aplicarse correctamente la *prohibición de regreso*. No obstante lo que parece justo y coherente, hemos comentado la mala e injusta experiencia del abogado ecuatoriano condenado por haber vendido compañías de papel, y haber actuado en el cargo de gerente o representante legal de las mismas. En ese caso no se encontró drogas, sino que habían inversiones de dineros cuyo origen se llegó a reputar como *maculado* aunque se trataba de dineros llegados a Ecuador mediante transferencias de banco a banco.

Aquí es válido insertar algunos ejemplos como el del panadero

176 Gunther Jakobs, en ob. cit. p. 31.

que cumple con su *rol* de vender el pan, o del taxista que conduce a sus pasajeros, o del abogado a quien se le consulta la constitución y compra de una compañía, o del asesor financiero a quien se le consulta sobre determinadas inversiones. Aunque el tercero pudiera sospechar lo que va a hacer quien lo consulta, o que los *activos* pudiesen tener un origen *maculado* esto no es de incumbencia de quien presta la asesoría o consultoría. “A diferencia de lo que sucede respecto del principio de confianza, la prohibición de regreso rige incluso cuando la planificación delictiva de la otra persona es palmaria, y ello porque se trata de casos en los que un comportamiento estereotipado carece de significado delictivo”.¹⁷⁷

Se pueden discutir los límites de la *prohibición de regreso* pero este principio debe ser aceptado por quienes sostenemos que es fundamental garantizar la libertad de respetar los fines que perseguimos honestamente, y que no sean absorbidos en la maraña de los contactos sociales. Cada quien debe responder por lo que hace y por lo que deja de hacer, no tiene que responder por el hacer de los demás.

- 4.- El reparto de *roles* y el *principio de confianza* no puede estar al margen de la *actuación de la víctima*. Puede ocurrir que la propia víctima deliberadamente se coloque en situación de *riesgo* en ejercicio de su propio *rol*, caso en el que se le debe *imputar objetivamente* el resultado producido. Si se trata de un curso lesivo que no es cognoscible para ninguno de los intervinientes hay que pensar en la *desgracia*. No escapa al comentario la posibilidad del derecho de la víctima a su libre disposición.

En expresiones del profesor Jakobs mas allá de los ejemplos o casos de laboratorio, mayor importancia tienen “aquellos otros supuestos en los que la víctima con su propio comportamiento da la razón para que la consecuencia lesiva le sea imputada; casos en los que, por tanto, la modalidad de explicación no es la ‘desgracia’, sino la ‘lesión de un deber de autoprotección incluso la de ‘la propia voluntad’; las infracciones de los deberes de autoprotección y la voluntad se agrupan aquí bajo el rótulo de ‘acción a propio riesgo’”.¹⁷⁸

177 Gunther Jakobs, en ob. cit. p. 33.

178 Gunther Jakobs, en ob. cit. p.35.

Los llamados deberes de autoprotección son de libre disponibilidad de los interesados, los mismos que los pueden vulnerar de manera dolosa o intencional o de manera imprudente. Si la víctima asume un *rol* imprudente o temerario, como consecuencia de su actuación debe soportar las consecuencias de la misma. Como fruto de su comportamiento las consecuencias conforme a un pronóstico objetivo son previsibles.

Si alguien le pide a quien está ebrio que conduzca un vehículo, asume el *riesgo* de la producción de un resultado que le resulte lesivo, y en consecuencia debe asumir (o adscribirse) al menos en parte, a las consecuencias negativas resultantes. En el caso de quien boxea como dice Jakobs “no tiene derecho a no resultar lesionado”, o en el caso de quien tiene relaciones sexuales con una persona drogodependiente o que vive de la prostitución, *actúa a propio riesgo* ante la posibilidad de un contagio con VIH. Aquí habría una *probabilidad superior a la media* de que esté presente tal enfermedad. Otro tema interesante es el de la compensación de culpas jurídico-penalmente relevantes que puede disminuir la responsabilidad del autor sin eliminarla por completo. Esa es la tarea del juez a resolver en una situación concreta.

A decir verdad no tenemos reglas claras para decir bajo qué condiciones exactas la competencia de la víctima excluye de manera absoluta la del autor. Sirve para este efecto poder decidir si se ha producido o no un *quebrantamiento del rol* también en la óptica de la víctima. Puede ser útil examinar si la víctima en verdad desempeñó su *rol* como tal o ha actuado a *propio riesgo*, asumiendo deliberadamente las consecuencias que eran previsibles.

Concluimos estas breves reflexiones recordando que el traslado de la idea del comportamiento social, como comportamiento vinculado a roles, puede ser respondido con cuatro instituciones jurídico-penales.: 1) El *riesgo permitido*. 2) El *principio de confianza*. 3) La *prohibición de regreso*; y, 4) La *competencia de la víctima*.

Nos alineamos con la idea de no poder decir de manera categórica que una institución excluye a otra, porque esto depende del

caso o situación. Estos son los fundamentos para entender y aplicar la *imputación objetiva* en un caso concreto como el relacionado con el *lavado de activos* en lo que fuese pertinente. Pues como dice con sabiduría¹⁷⁹ Jakobs, “En este marco, en el que tan solo se trata de asentar los fundamentos, queda sin discutir la cuestión acerca de si la subdivisión presentada es necesaria o si cabe contentarse con un menor nivel de detalle”.

La idea central en que con los supuestos antes analizados o llamados *instituciones*, que me inclino por llamarlos *principios* toda vez que el principio se antepone a la *regla*, podemos construir mejor una respuesta para saber cuándo se debe o no *imputar objetivamente* un resultado a la actuación de un actor o ciudadano que no se apartó de su *rol*. Si *no se aparta de su rol* debe operar en su beneficio la *prohibición de regreso*, y si se aparta de su *rol* la víctima debe asumir las consecuencias del resultado cuando la víctima es la que se aparta del *rol* y produce el resultado.

El profesor Percy García Caveró con estudios superiores en la Universidad de Navarra (España), becario de la fundación Alexander von Humboldt de la Universidad de Bonn (Alemania), y discípulo del Profesor Günther Jakobs, es autor de una importante publicación en materia de Derecho Penal Económico en la América hispanoparlante, con dos volúmenes dedicados a la Parte General (segunda edición 2007:1112 páginas) y Parte Especial (primera edición 2007: 806 páginas), y aborda el *caso de los negocios socialmente adecuados, en especial el pago de honorarios profesionales del abogado con bienes de procedencia delictiva*¹⁸⁰, empezando por expresar, “La prohibición de regreso excluye la responsabilidad penal de quien realiza una prestación generalizada e inocua a otra persona que hace uso de ella para la materialización de un delito. En estos casos tiene lugar una comunidad con el autor, pero esta comunidad se encuentra limitada a la prestación de un servicio socialmente permitido que el beneficiario no puede ampliar unilateralmente. La ausencia de una imputación del comportamiento tendrá lugar aun cuando el que realiza la prestación pueda suponer los planes delictivos del autor,

179 Günther Jakobs, en ob. cit. p. 38.

180 Percy García Caveró, *Derecho Penal Económico, Parte Especial*. Primera edición, (Lima: Editora jurídica Grijley. E.I.R.L., 2007), 523-526.

ya que objetivamente no se ha producido una conducta dirigida a favorecer un delito, sino una prestación consistente en la entrega de bienes, en la realización de servicios o en el suministro de información a la que cualquiera puede acceder”.

Luego, el profesor peruano García Caveró reconoce que existe un sector de la doctrina que pretende inaplicar la *prohibición de regreso* cuando se trata del *lavado de activos* porque se trata de aislar al autor del delito previo y a sus ganancias ilícitas con la finalidad de que no sean aptas para la circulación. Como manifestamos por nuestra parte esta es una variante del *Derecho Penal del Enemigo* aplicada a la *delincuencia económica* que pretende dejar en indefensión al sujeto delincuente al *macular* los honorarios que pretenda cobrar un profesional. Se busca en definitiva que ninguna persona de las que ofrecen bienes o servicios normales pueda recibir dinero a sabiendas de que han sido obtenidos mediante la comisión de un delito.

El profesor Percy García Caveró,¹⁸¹ nos dice de manera enfática: “En nuestra opinión, no consideramos correcto prescindir o restringir la aplicación de la prohibición de regreso en el ámbito del lavado de activos. No vemos una razón de peso para mantener la vigencia de la prohibición de regreso en conductas relacionadas con el bien jurídico vida y negarla en el caso del lavado de activos. En consecuencia, también respecto de conductas de lavado de activos habrá que excluir la tipicidad objetiva de prestaciones socialmente estereotipadas o inocuas, a no ser que se enmarquen en un contexto marcadamente delictivo.

Además de esta consideración de principio, podría recurrirse a una interpretación integral del tipo penal de lavado de activos, para llegar a la misma conclusión. Tal como hemos visto, las conductas tipificadas como delito de lavado de activos constituyen actos enmarcados en un proceso más general de lavado de activos. En este sentido para poder afirmar la tipicidad de un acto de conversión, transferencia, ocultación o tenencia es necesario que este acto se encuadre objetivamente en un proceso de lavado de activos. Es evidente que en el caso de simples pagos de servicios profesionales

181 Percy García Caveró, *Derecho Penal Económico, Parte Especial*. Primera edición, (Lima: Marcial Ponds, 2007)

el poseedor de los activos ilícitos actúa solamente como un cliente o consumidor. La situación resulta completamente distinta si quien recibe los bienes por un trabajo profesional busca reintegrar luego los bienes a las personas de las que proviene el dinero ilícito (actos de inversión)”.

Nos quedan claras las reflexiones del profesor peruano de nuestra última cita, pues si un ciudadano no se aparta de su *rol* y su conducta es *socialmente adecuada* debe ser reputada como *neutra* o *inocua*, y debe por ende funcionar la *prohibición de regreso* que impide la imputación objetiva. Diferente es el caso del ciudadano que presta su nombre para un acto de supuesta inversión o transferencia, conversión u ocultación, conociendo el origen delictivo del *activo maculado*, y luego de tenerlo bajo su custodia se lo devuelve al dueño o propietario, pues en este caso habría actuado como *testaferro* prestando su nombre a sabiendas para tratar de *blanquear* el *activo maculado*.

Al mencionar que se pueden presentar una constelación de casos, como nosotros mencionamos el del médico, el del importador, del constructor, el del abogado, etc., que prestan sus servicios lícitos que deben ser remunerados, Percy García Caveró¹⁸² dice que hay que tratar especialmente el supuesto pago de honorarios profesionales al abogado con fondos procedentes del delito. “La importancia no es simplemente teórica, sino que ha tenido incidencia práctica por el procesamiento y condena de abogados que recibieron como pago de sus servicios de defensa dinero procedente de la actividad delictiva del delincuente. Una línea jurisprudencial sometió el posible castigo de los abogados al principio de proporcionalidad, concluyendo que dicho castigo no se ajustaba al juicio de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto respecto de la limitación que se producía sobre el libre ejercicio de la profesión y la institución de la defensa penal. Otra línea jurisprudencial consideró que el castigo de los abogados no implicaba restricción de derecho fundamental alguno, pues, por un lado, el libre ejercicio de la profesión no incluye la facultad de ser retribuido a sabiendas con dineros provenientes del delito y, por el otro, el derecho de defensa no alcanza a permitir

182 Percy García Caveró, *Derecho Penal Económico, Parte Especial*. Primera edición, Lima: Marcial Pons, 2007.

el pago de abogados con el dinero de procedencia delictiva. En la medida que el profesional conozca el origen de dichos fondos, deberá castigársele igualmente por el delito de lavado de activos”.

De acuerdo con las líneas jurisprudenciales antes expuestas, por una parte habría sustento constitucional para enervar la penalización del abogado que recibe *honorarios maculados* porque se encuentra ejerciendo su profesión, es decir actuando dentro de su *rol* siendo el derecho de defensa una garantía inviolable, y el más importante de los *principios* del constitucionalismo moderno que ha recogido nuestro país en el Art. 75 de la Constitución del 2008. A esto sumamos el *principio constitucional de la presunción de inocencia* que protege al cliente del abogado. Por otra parte y en la posición extrema se sostiene que el libre ejercicio profesional tiene límites, que estarían dados por los *honorarios maculados* o que tienen un origen delictivo, y que la defensa estaría impedida de ser cubierta con tales *activos maculados*.

Si pensamos en algunas posibilidades nos podemos encontrar con los casos de traficantes de drogas, de armas, de los que lideran redes de prostitución, de pornografía, de traficantes de migrantes, de abusadores de dineros públicos, hasta con casos de secuestradores de personas, de asaltantes de bancos, de estafadores, de defraudadores tributarios, de contrabandistas y un largo etcétera, a quienes se trataría de *aislar* para evitar que puedan ejercer garantías constitucionales que establecen la *inviolabilidad del derecho de defensa* y el *principio de presunción de inocencia*.

En acertadas expresiones García Caveró señala,¹⁸³ “sin negar la importancia de las consideraciones constitucionales, la solución a la problemática del cobro de los honorarios profesionales del abogado con dinero proveniente del delito debe ordenarse en un plano jurídico-penal. Podría seguirse la discusión sobre las conductas neutrales y tratar de encontrar la respuesta en el ámbito de la tipicidad (objetiva o subjetiva) o considerar que esta actuación estaría justificada, pues existiría el ejercicio regular de un derecho, cargo u oficio. En nuestra opinión hay que centrar la discusión en el tipo objetivo y

183 Percy García Caveró, *Derecho Penal Económico, Parte Especial*. Primera edición, ob. cit., 2007.

concretamente en la línea de argumentación planteada por Ragúes y Valles, en el sentido de responder a la cuestión aquí debatida desde la finalidad de castigo del delito de lavado de activos. En efecto solamente considerando el sentido del delito de lavado de activos podrá decirse si la interpretación del tipo penal permite abarcar el pago de dineros profesionales con dinero sucio”.

Percy García discrepa con Ragúes y Vallés en cuanto al bien jurídico protegido, pues mientras para el jurista peruano el *lavado de activos* garantiza una condición especial en el mercado: la legalidad del tráfico de bienes; para el jurista español, el *lavado de activos* no tiene un bien jurídico autónomo sino que evita simplemente la consolidación de la capacidad económica conseguida por el *delito previo*.

Culmina en este segmento sus comentarios el profesor García Caveró,¹⁸⁴ diciendo: “Por lo tanto, la pregunta que habrá que hacerse aquí es si el abogado que recibe los honorarios con conocimiento cierto o eventual de su origen participa en un circuito orientado a reintroducir el dinero sucio en el tráfico económico legal. La respuesta es negativa, siendo la única excepción el caso en que se simule un honorario con la finalidad de darle apariencia de legalidad a los fondos recibidos como retribución”.

Sostenemos nosotros, que el abogado se desvía de su *rol* en el momento que es parte de la organización criminal pues su conducta dejará de ser socialmente adecuada, y ya no sería *neutra* o inocua, desapareciendo en esas circunstancias la *prohibición de regreso* en su beneficio. Si como parte de su trabajo en una organización criminal para el lavado de activos o blanqueo de capitales, el abogado debe constituir *empresas de papel* para luego utilizarlas en el *blanqueo de capitales*, el profesional del derecho va a ser parte de la empresa criminal, en la que le corresponde un *rol* impropio de su profesión de abogado, y consecuentemente es procedente formular en su contra un juicio de *imputación objetiva* referido al *lavado de activos*. Lo mismo pasaría si recibe dineros o activos como un pago supuesto de honorarios, cuyos montos luego debe restituir, quedándose con

184 Percy García Caveró, *Derecho Penal Económico, Parte Especial*. Primera edición, ob. Cit., 2007.

una parte por el *trabajo sucio*, aquí ya no podrá sostener que ha actuado en el ejercicio legítimo de la profesión, pues habría en verdad un ejercicio abusivo de la profesión que es constitutivo del delito de *lavado de activos*.

La conducta del abogado será *neutra* o *neutral*, y habría lugar a la *prohibición de regreso* si en verdad en *ejercicio de la profesión* y en su gestión como defensor, recibe honorarios aunque fuesen *maculados* -porque tendrían antecedente o provendrían de la comisión de un delito-, aquí no se apartaría de su *rol*. Además, y como hemos examinado *up supra* hay sólidos argumentos constitucionales para sostener que su conducta es *atípica* por no ser constitutiva de delito, o que media una causa de justificación que impide que la conducta pueda ser reputada como antijurídica, o merecedora de un reproche de ilicitud.

El caso de los abogados en Alemania

El catedrático y profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Universidad de Münster en Alemania, Eberhard Struense, en un importante trabajo monográfico¹⁸⁵ nos dice: “Durante mucho tiempo, el parágrafo de lavado de dinero no desempeñó en Alemania ningún papel trascendente. Hay que tener en cuenta que casi todo hecho penal de infracción a la ley de estupeficientes constituye, según las reglas de derecho positivo alemán, un caso de lavado de dinero. Esta circunstancia es sencillamente pasada por alto en la jurisprudencia. Sin embargo, la disposición fue sacada de la galera como un “*deus ex machina*” como si se tratara de la cuestión de cómo se podría eliminar al defensor fastidioso y perturbador del curso acostumbrado del proceso.

En la exposición que sigue me referiré a un caso que, a principios del nuevo milenio, fue sentenciado con fundamentos considerablemente extensos por el Tribunal Estadual Superior de Hamburgo (06.01.2000, NJW 2000, 673). Éste, y los fallos que le sucedieron, dispararon en Alemania una amplia discusión.

El fallo al que me refiero decide un supuesto que tiene carácter

¹⁸⁵ Eberhard Struensee, *Lavado de dinero a través de la aceptación de los honorarios para la defensa penal*. Conferencia en el Departamento de Derecho Penal y Criminología, 2006.

de “caso modelo”. Se trata, formulándolo de manera simplificada, del siguiente hecho. El abogado, que luego resultó acusado, aceptó la defensa de una traficante de drogas que se encontraba detenida. Como anticipo de honorarios recibió 5.000 marcos alemanes. Tal como resultó comprobado con posterioridad, el dinero provenía de los ingresos por hechos penales vinculados con los estupeficientes. No pudo establecerse si el abogado tenía conocimiento de esta circunstancia o bien si, con ligereza, cerró los ojos. El Tribunal Estadual Superior de Hamburgo opinó que no era necesario continuar investigando el hecho pues no podría condenarse al abogado inclusive cuando se pudiera establecer que tenía conocimiento seguro del origen del dinero. El Tribunal interpretó que el abogado no sería punible por lavado de dinero aun cuando se verificaran de esas circunstancias, para él desfavorables.

El fallo tuvo lugar en el denominado procedimiento intermedio en el que se comprueba si la acusación ha de ser admitida para el procedimiento principal. Con un desarrollo muy extenso en cuanto a los fundamentos, el Tribunal Estadual Superior denegó la punibilidad del defensor y rechazó la admisibilidad de la acusación.

Poco tiempo después el Tribunal Superior Federal se encontró, en un caso similar, frente al mismo problema jurídico. Los abogados acusados defendían a un matrimonio al cual se le atribuía haber cometido estafas por sumas millonarias. Cada uno de los abogados recibió, en efectivo, la suma de 200.000 marcos alemanes como adelantos en concepto de honorarios más el derecho a que les sea entregada a ellos la caución constituida para suspender la ejecución del auto de prisión preventiva, por un monto de 500.000 marcos. El Tribunal Regional de 1° instancia condenó a los abogados como autores de lavado de dinero en razón del cobro del dinero en efectivo y los absolvió en lo referente a la adquisición del derecho a reclamar la entrega de la caución.

El Tribunal Superior Federal confirmó la condena pero revocó la absolución sobre la base de que creía correcto, también en ese punto, aplicar una condena conforme el § 261 StGB. La sentencia dedica muy poca atención a los argumentos de la doctrina y a los fundamentos del Tribunal Estadual Superior.

Contra esta sentencia del BGH y contra dos sentencias del Tribunal Regional de Frankfurt fueron interpuestos recursos constitucionales. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal, bajo la presidencia de Hassemer, decidió todos ellos de modo unificado (BVerfG 110, 226). Se llegó, en lo relativo al derecho penal material, a la siguiente conclusión:

“El párrafo 261, inc. 2, n° 1 del Código Penal es compatible con la ley fundamental, siempre y cuando los defensores penales sean amenazados con penas únicamente cuando hubieran tenido al momento de la recepción de los honorarios, conocimiento seguro de su procedencia”

El fallo del Tribunal Constitucional Federal tiene fuerza de ley. Esto significa que la disposición del § 261 inc. 2 n° 1 StGB de ahí en más posee un contenido diferente, más estrecho, respecto del texto expreso de la ley que continúa vigente. Quien aplica el derecho, sea el juez, el fiscal, el funcionario policial o bien cualquier otra persona que se ocupe de estas cuestiones, tiene la obligación de respetarlo.

Con esta conclusión se podría dar por terminado el debate del problema. No obstante, vale la pena examinar con mayor detenimiento las cuestiones que han recibido tratamiento expreso –con consideraciones de lege lata o de lege ferenda–. Cuando se observan las discusiones sobre la aplicabilidad del tipo de lavado de dinero a los honorarios del defensor se advierte con claridad que ciertas preguntas han quedado sin ninguna contestación. La problemática es en realidad altamente compleja de modo que, aquí, tan sólo pueden escogerse algunos aspectos”.

Otro extraordinario jurista alemán, Kai Ambos, Catedrático de Derecho penal, Derecho procesal penal, Derecho comparado y Derecho penal internacional en la Universidad Georg-August Göttingen; consultor científico del Instituto Max Planck de Derecho Penal extranjero e internacional, plantea el problema de la siguiente manera:

“Si un abogado defensor acepta como adelanto de honorarios doscientos mil marcos alemanes en dinero efectivo provenientes de

una cartera de acciones, si además su patrocinado ha gestionado operaciones de inversión como Presidente de una Asociación cuyo nombre es *European Kings Club*, ¿debe saber entonces que dicho dinero no pudo ser obtenido lícitamente? El Tribunal Regional de Fráncfort no tiene dudas al respecto y el Tribunal Supremo Federal opina lo mismo. Bien entendido, el Tribunal Regional no ha recurrido a la propuesta legal de temeridad relativamente al verdadero origen del dinero (§ 261, V, del Código penal³). Es decir, que los procesados hubiesen actuado sólo por una imprudencia grave, o lo que es igual, con indiferencia o gruesa desatención de las circunstancias en cuya virtud el origen real del dinero se hubiera impuesto directamente.

En vez de ello, el Tribunal Regional es deferente con la defensa, en tanto que ha seguido la solución del dolo o de la justificación subjetiva sustentada en la doctrina. Incluso tiene en cuenta “el perfil profesional del abogado defensor [...], merced a una interpretación restrictiva del tipo penal del § 261”⁵. El Tribunal Regional Superior de Hamburgo había sustentado anteriormente una interpretación restrictiva (conforme a la Constitución). El Tribunal Federal Supremo no está de acuerdo: “siguiendo el tenor literal del § 261 inc. 2 del Código Penal no se excluye ni al abogado penalista como autor ni sus honorarios como objeto del tipo penal de lavado de dinero”. Puede que ésta haya sido la solución correcta *in concreto*, pero no hace justicia en un plano abstracto al significado del instituto de la defensa. Pues, en consecuencia, hoy en día, un abogado penalista debe preguntar primero a un patrocinado sospechoso con mucho efectivo, si ese dinero lo ha conseguido legalmente y si lo declararía bajo juramento. Con ello, el abogado, que también es un empresario, estropea su negocio, y los potenciales autores anteriores del lavado de dinero buscarán por mucho tiempo inútilmente hasta que encuentren un abogado defensor que no formule ninguna pregunta “tonta”. Detrás de toda esta construcción se introduce una reducción de complejidad, que trae al recuerdo ideas del Derecho penal del enemigo: la criminalidad organizada y sus lavadores de dinero como enemigos de la sociedad civil, para quienes la presunción de inocencia tendría una validez condicionada y que gozan, por ende, de un derecho condicionado a la defensa, incluso la de oficio.

Con estas deliberadamente aguzadas observaciones debiera quedar en claro la relevancia del tema, tanto más alta en la discusión en los planos nacional e internacional, dramáticamente agravada desde el atentado de 19 de septiembre de 2001: por una parte, dado el vasto incremento en Europa de los deberes de identificación y de registro de los llamados “juristas independientes”; por otra, a raíz del fraude fiscal como hecho previo al lavado de dinero y por el control electrónico de todas las cuentas bancarias”.¹⁸⁶

El § 261 del StGB y el defensor penal

Dice el jurista y catedrático alemán Struense en comentario relacionado, “en este punto me ocuparé de las consecuencias generales que produce la aplicación irrestricta del § 261 a la aceptación de los honorarios para la defensa penal. Enumeraré algunos aspectos que se resaltan en el cuidadoso fallo del OLG Hamburg (NJW 2000, 673) y en cuantiosas contribuciones de la literatura.

1. Mediante una prohibición amplia de aceptar dinero manchado en concepto de honorarios se restringen gravemente, respecto del imputado a quien se le atribuye uno de los hechos del catálogo, las posibilidades de elegir un defensor y de pagarle.
2. El defensor resultará significativamente perjudicado en la observación de sus tareas. Ello así, pues para cumplir el tipo subjetivo del § 261 sería suficiente con la posibilidad de que el pago de los honorarios sea provisto con medios que procedan del hecho reprochado al mandante.
3. Los abogados están especialmente expuestos a la sospecha de comisión de lavado de dinero por ligereza (§ 261, inc. 5) y, con mayor intensidad, allí donde ya exista una acusación por alguno de los hechos del catálogo del § 261 inc. 1 en contra del imputado al que se defiende. Ellos así, pues para plantear una acusación se exige que concurren “motivos suficientes” (§ 170 inc, 1 StPO) y el motivo suficiente está satisfecho, conforme el § 230 StPO, cuando: “a partir de los

¹⁸⁶ Kai Ambos, *La aceptación por el abogado defensor de honorarios “maculados”: ¿lavado de dinero? El penalista liberal, libro homenaje a Rivacoba y Rivacoba*, (Buenos Aires: Marcial Pons, 2004), 55-94.

resultados del procedimiento preparatorio el imputado aparezca suficientemente sospechoso de un hecho penal". A más tardar en este estadio procesal ya deberían surgirle al defensor las sospechas correspondientes (OLG Hamburg, NJW 2000, 676; Katholnigg, NJW 2001, 2043).

Éste peligro existe también en el caso del Art. 277 del Código Penal argentino. El inciso 1 n° 2. Sanciona los supuestos (que se superponen en gran medida con el lavado de dinero previsto en el Art. 278 del Código Penal), de adquisición, recepción u ocultamiento de dinero, cosas o efectos provenientes de un delito cuando: "de acuerdo con las circunstancias, el autor podía sospechar que provenían de un delito."

4. La relación de confianza entre el defensor y su mandante sufre múltiples perjuicios. Ésta relación se caracteriza tradicionalmente mediante numerosas reglas: deber de silencio, derecho a negarse a testificar, derecho a examinar las actas, a tratar con el mandante sin que haya vigilancia (inclusive cuando éste se encuentre detenido), prohibición de vigilar las telecomunicaciones, etc.. El defensor y el mandante tienen motivos para temer que estos privilegios decaigan si es que pesa sobre el defensor la sospecha de lavado de dinero.
5. El defensor, en miras de su propio interés (económico), debería evitar los esfuerzos por recibir de su mandante la información más amplia posible para desarrollar una estrategia efectiva de defensa. Antes bien, él debería, por el contrario, preocuparse por no perder su buena fe. Resulta manifiesto que ésta no constituye ninguna base idónea para fomentar una defensa en juicio apropiada.
6. El defensor podría –para sortear dificultades– rechazar los honorarios que se le ofrezcan y resignar al mandante electivo, para dar lugar a ser, posteriormente, solicitado como defensor de oficio. Condición de ello es, entre otras, que el hecho previo sea un crimen o bien que por la gravedad del hecho o la dificultad de la cuestión fáctica o jurídica aparezca como

obligatoria la presencia de un defensor (cfr. § 140 StPO). Estas condiciones no se presentan en todos los procesos seguidos por los hechos previstos en el catálogo.

Más allá de ello, la resignación del mandante podría despertar la impresión de que su conservación le resulta al defensor demasiado arriesgada y que, luego, él parte de la base de que el dinero del mandante está incriminado. De este modo, él se vería obligado a un comportamiento procesal que permitiría extraer inferencias perjudiciales para sí mismo y para su mandante.

7. El defensor sobre el que recae la sospecha de lavado de dinero corre peligro de ser extorsionado por su mandante. Un mandante insatisfecho podría acusar a su defensor de haber aceptado a sabiendas dinero manchado. Podría inclusive llegar a la idea de reclamar la devolución de una parte del dinero entregado, con el justificativo de que proviene de uno de los hechos establecidos en el catálogo. Podría declarar como testigo en un proceso posterior que se siga a contra el defensor, etc.
8. Remitirse a un defensor oficial puede provocar perjuicios económicos y también prolongados procesos penales (cfr. Müller, StraFO 2004, 4). Puede generar, como consecuencia, una reducción de los honorarios del defensor y una derogación parcial del acuerdo libre sobre los honorarios.
9. El defensor oficial, en comparación con el defensor electivo, está sometido a múltiples limitaciones. Él no posee la misma independencia respecto del Tribunal ni la misma libertad para negociar que el defensor electivo. Para mencionar algunos puntos álgidos: El defensor oficial depende en cierta medida del Tribunal pues es éste quien lo designa. El Tribunal puede decidir la finalización de su mandato. El defensor así nombrado pierde la libertad de dar por terminada la representación jurídica por propia decisión, etc.

Aquí no se trata de averiguar si y en qué extensión son fundados los temores referidos. (Ello ha sido discutido ampliamente, entre otros, por el BGH 47, 68, 73, ss.). Tan sólo he querido expresar una serie de razones que dan motivo para pretender una limitación del § 261 en los casos de la actuación del defensor”.

Para efectos de la aplicabilidad de los comentarios del profesor Struensee, y en el caso de la legislación ecuatoriana, las diferentes modalidades típicas no admiten un comportamiento culposo o negligente, sino que requieren un actuar *doloso* aunque fuese a título de *dolo eventual* como *elemento subjetivo del tipo penal*. Así lo decía expresamente el Art. 14 de la Ley de lavado de activos en su primer párrafo, “Comete delito de lavado de activos el que dolosamente, en forma directa o indirecta:...”. En el Art. 317 del COIP no se hace referencia expresamente al *actuar dolosamente* pero es un delito estructuralmente doloso.

Posteriormente el profesor Struensee se refiere a la *subsunción bajo el § 261 StGB*, manifestando: “Recordemos el caso descrito al comienzo, en el que el defensor había recibido un adelanto de los honorarios por la suma de 5.000 marcos alemanes que provenían de un hecho previo idóneo según el § 261 inc. 1.

La disposición penal alemana es bastante complicada. A partir de ella se prohíben las relaciones con ciertos “objetos” cuando ellos provienen de alguno de los hechos penales enumerados en el catálogo del § 261 inc. 1 segunda frase. A los denominados “hechos previos” pertenecen todos los delitos graves –en sentido técnico, los crímenes– y una variedad de delitos menos graves. Este catálogo, por cierto, ha sido ampliado en varias oportunidades.

El Art. 278 del Código Penal argentino no posee, en cambio, ningún catálogo de hechos previos idóneos; él abarca cualquier delito ejecutado por otro sujeto. En comparación con el CP alemán es mucho más amplio.

Los comportamientos típicos –esto es, los casos prohibidos de relación con los objetos “incriminados” o bien “manchados”– se encuentran descriptos del siguiente modo: disimular su procedencia,

frustrar o peligrar el conocimiento de su procedencia o ubicación, su hallazgo, su comiso o su secuestro. Dado que el inciso 2 del § 261 tan sólo amplía el círculo de las acciones prohibidas me concentraré, de aquí en más, en los casos del numeral 2. Conforme éste es punible quien se proporciona “para sí o para un tercero” uno de los objetos incriminados en el inciso 1.

1. Tentativas de solución en el marco del tipo objetivo

El texto de la ley –proveerse un objeto manchado– abarca según opinión casi unánime también a la aceptación de dinero incriminado en concepto de honorarios de la defensa (cfr. BGH 47, 68, 71, 72;...).

Ciertamente, algunos autores sostienen que ese acto de recepción de dinero sucio no realiza ya el elemento típico de “proveerse” (Salditt, *Strafverteidiger Forum* 2002, 181, 184). Este elemento típico ha sido extraído del delito de “receptación” (§ 259 StGB) y se interpreta, en aquél contexto, como la “adquisición en colusión”, es decir, con el acuerdo del poseedor previo en cuanto a que el adquirente obtiene poder de disposición autónomo sobre la “cosa” que proviene de un delito contra la propiedad. (El concepto de “cosa” es más estrecho que el de “objeto”, en particular, él abarca también pretensiones y derechos, es decir, objetos no corporales). Si se vuelve la vista sobre la conducta del defensor penal, hasta ahora no se advierte cuál es el elemento en el que fallaría la subsunción.

Los esfuerzos subsiguientes de negar ya la realización del tipo objetivo recurren a los planteos generales destinados a limitar el ámbito de aplicación de una disposición penal. Me referiré con brevedad tan sólo a dos aspectos.

En primer lugar, se trae a colación a la “adecuación social” que representa un principio de interpretación discutido una y otra vez y que se remonta a Welzel. Con ayuda de la adecuación deben eliminarse, en lo esencial, dos grupos de casos que en parte se superponen. Por un lado, se trata de la exclusión de las bagatelas; por otro lado, de formas de comportamiento “neutrales” o “corrientes”

de la vida cotidiana en su mayoría ejecutadas de modo masivo. El panadero que, a sabiendas, le vende panecillos a un traficante de drogas y acepta que (posiblemente) éstos sean pagados con las ganancias provenientes del tráfico de estupefacientes cumple, de acuerdo con el texto expreso de la ley, el tipo de lavado de dinero. El farmacéutico que le vende pastillas para dormir a un cliente y cuenta con que habrán de ser utilizadas para la comisión de un hecho penal (homicidio, lesiones corporales, secuestro, etc.), es cómplice de esos hechos. La enumeración de ejemplos similares puede extenderse a voluntad.

Resulta manifiesto que los honorarios del defensor no caen dentro de la categoría de las bagatelas. (Por lo demás, es discutido si los casos de bagatelas deben ser resueltos ya en el ámbito del derecho material o bien recién en el marco del derecho procesal; obsérvense las diferentes posibilidades de sobreseer un proceso por “bagatela” que prevén los §§ 153 y ss. StPO alemán). En lo relativo a los modos de conducta de la vida cotidiana, forma parte de este tipus, en tanto no sea caracterizado con mayor precisión, también la aceptación del pago por la prestación de un servicio. Cuando se pasa revista a la historia dogmática de esta ley, se advierte que los casos de actividades socialmente corrientes nunca han merecido una excepción. El legislador se ha pronunciado expresamente en contra de las propuestas que plantean excluir del tipo de lavado de dinero determinadas actividades como la defensa penal, el tratamiento médico, la venta de panecillos, etc. (cfr. BGH 47, pág. 68, 72 y s., con más citas bibliográficas).

Con ello se demuestra que el topos de la adecuación social, inclusive cuando se la considere en general admisible y necesaria, no conduce a la consecuencia interpretativa que se pretende, esto es, excluir a los honorarios del defensor del ámbito de aplicación del § 261.

A continuación, se examina el método de interpretación teleológica. Según este método, la interpretación ha de orientarse en el sentido y el objetivo de la ley, la *ratio legis*. Con frecuencia, la *ratio legis* tan sólo puede precisarse de un modo muy vago. También

allí donde sí se puede establecer con más detalle, muchas veces no es provechosa. Así, por ejemplo, la punibilidad del homicidio sirve, según la interpretación general, a la protección de la vida humana. Si uno se encuentra frente a la pregunta acerca de qué fenómenos son abarcados por el concepto de ser humano, es decir, la cuestión del comienzo y el final de la vida humana, la citada *ratio legis* no presta ninguna colaboración; es que ella presupone que se conozca qué fenómenos pertenecen al concepto de vida humana.

En principio, de modo muy general, se menciona que el § 261 tiene como meta combatir a la delincuencia organizada ya que ha de evitar que el dinero sucio ingrese en el círculo económico legal y, así, resulte “lavado”. El logro de este objetivo no es puesto en peligro por el cobro de los honorarios manchados.

Este objetivo y la consecuencia que se infiere de él para los honorarios del defensor pueden ser acertados. Pero ellos se relacionan sin embargo únicamente con el inciso 1 del § 261 mientras que en lo relativo a la punibilidad del defensor entra en consideración el inciso 2, cuyo ámbito de aplicación es esencialmente más extenso –proveerse de objetos inculcados-. Es evidente que esta disposición no puede legitimarse sobre la base de la *ratio* designada para el inciso 1. Como fundamento adicional al ofrecido por el mismo legislador se indica que el objetivo de la ley es provocar un extenso aislamiento del autor del hecho previo, quien ha de ser dejado sin recursos en relación con la utilización de los bienes patrimoniales (cfr. BGH 47, 68, 72; ...). Con el propósito de reforzar ese aislamiento se aceptan, para la realización del tipo subjetivo de lavado de dinero, todas las formas de dolo (dolo directo de primer y segundo grados y dolo eventual -§ 15 StGB-) así como la ligereza (imprudencia grave) prevista en el inciso 5 del § 261.

Si se parte de la base de esta *ratio legis* resulta manifiesto que de ella no puede inferirse ninguna excepción para la situación del defensor. Adicionalmente, como se ha dicho, el análisis histórico de la ley revela que no puede considerarse ninguna excepción para los casos de actividades socialmente corrientes.

Esta conclusión también es reconocida, de modo expreso o tácito, sobre la base de que los partidarios de una restricción de la punibilidad fuerzan aquí encumbrados principios para limitar el tipo a través del denominado: camino de interpretación conforme con la Constitución. Volveré específicamente sobre este instrumento más adelante. En relación con el intento de reducir el tipo objetivo ya se puede concluir lo siguiente: tales “interpretaciones”, desde el punto de vista metódico, ya no constituyen ninguna “interpretación”.

Para fundamentar esto con más claridad es necesario analizar con mayor detenimiento la argumentación basada en la *ratio legis*. Cuando uno llega a la conclusión de que una constelación de casos sí está comprendida por el texto de la ley pero no quebranta su objetivo, no es necesario, por razones metódicas, detenerse en este estadio de la argumentación. Ello así, pues también en el caso de la “interpretación teleológica” se trata de una “interpretación de la ley” que debe desembocar en las definiciones conceptuales de su texto. De ser necesario, sus elementos particulares deben definirse con mayor amplitud. De ello se sigue que el resultado de la interpretación debe cambiar sitios dentro de las descripciones conceptuales del contenido de la ley. Por ejemplo: “cosa” en sentido legal (hurto, robo, daños) es cualquier objeto corporal; un objeto es corporal cuando, desde el punto de vista físico, posee una masa; masa es, y así sucesivamente.

Este paso hacia la definición de los elementos típicos, a veces, no es efectuado cuando se recurre directamente a la *ratio legis* para determinar el ámbito de aplicación de una ley. Sin embargo, su consideración es insoslayable desde el punto de vista metódico dado que, en primer lugar, la *ratio legis* no constituye un elemento típico y, en segundo lugar, la aplicación de la ley requiere un concepto bajo el cual pueda efectuarse una subsunción.

Dirigiendo de nuevo la mirada hacia los honorarios del defensor se comprueba que ni siquiera se efectúa el intento de integrar las restricciones inferidas a partir de la *ratio legis* –cualquiera sea la forma que adopten– en un elemento del tipo legal. Tal como resulta de las reflexiones previas, esto no es posible y semejante intento

evidenciaría de inmediato que las consecuencias que se pretende extraer sobrepasan los límites de la interpretación y representan una modificación de la ley.

2. Limitación del tipo subjetivo.

Más arriba se ha mencionado que para el tipo subjetivo son suficientes todas las formas de dolo (dolo directo de primero y segundo grados y dolo eventual). El inciso 5 del § 261 extiende la punibilidad, por fuera de ello, a los casos en los que el autor “no reconoce, por ligereza, que el objeto proviene de uno de los hechos antijurídicos nombrados en el inciso 1”.

Los esfuerzos de interpretación tienen como meta reducir el tipo subjetivo a los casos de “dolo directo”, esto es, no someter a pena la actuación con ligereza o bien con dolo eventual.

(Señalo, de modo marginal, que la ligereza –que es una clase de imprudencia– se aprecia en este contexto de manera irreflexiva y sin inhibiciones como elemento del tipo subjetivo en sentido estricto; la doctrina dominante discute, no obstante ello, que el delito imprudente posea un tipo subjetivo y se corresponda con la estructura del delito doloso).

No siempre queda claro lo que se quiere decir aquí con “dolo directo” y “conocimiento”. El dolo directo de primer grado (intención) abarca también los supuestos en que el autor tan sólo tiene por posible la concurrencia o realización de una circunstancia típica (componente intelectual del dolo). Probablemente, lo que en realidad se pretende es una limitación de la punibilidad a los supuestos de actuación deliberada, que exige la representación de que la circunstancia típica ha concurrido o concurrirá con seguridad. Pero ello tendría la consecuencia de que, así, también caerían dentro del ámbito de la punibilidad ciertos casos de intención que no poseen en absoluto relevancia práctica: seguramente nunca será determinante para el defensor penal el que sus (justos) honorarios provengan de bienes patrimoniales incriminados.

Existe acuerdo en cuanto a que la punibilidad por ligereza en relación con el origen del dinero va demasiado lejos. El legislador ha motivado la amenaza penal tan sólo en que, con frecuencia, la prueba del dolo en el proceso presenta dificultades. Ello significa que los casos de ligereza, en realidad, no se estiman merecedores de pena. La disposición tan sólo debe posibilitar una persecución y castigo ante la duda de que se haya actuado con dolo, allí donde la prueba del dolo no pueda ser corroborada. Sin embargo, una prohibición penal de ninguna manera puede legitimarse suficientemente sobre la base de que posibilita la imposición de una pena ante la sospecha.

Las objeciones en contra de tal prohibición no existen sólo para los casos de cobro de los honorarios del defensor sino que valen, sin más, para movimientos patrimoniales de todo tipo efectuados por cualquier ciudadano.

Quien hoy en día ingresa en Alemania en una pizzería italiana o un restaurante chino sabe o puede saber que esos locales probablemente son gerenciados por organizaciones criminales y que la bebida y la comida allí servidas posiblemente proviene de hechos previos correspondientes con el catálogo del § 261 inc. 1. Todos los huéspedes serían sospechosos de haber completado, por lo menos, el tipo objetivo del § 261 inc. 5 (ligereza). Existen estimaciones (presunciones) de que en pocos años cerca del 90 % de todo el patrimonio circulante estará contaminado (Tröndle/Fischer, StGB, ed. 51, año 2003, § 261 número marginal 4c).

La voluntad de excluir, por causa de una extensión desproporcionada del tipo penal, la punibilidad de los comportamientos efectuados con ligereza no puede limitarse a los defensores penales pues ellos no constituyen el único grupo de personas que se dedica a actividades remuneradas o que participa en el círculo comercial de la vida cotidiana. Ello demuestra que, observado de modo general, el tipo penal que prohíbe la ligereza no es aceptable. Es evidente que su eliminación no puede lograrse a través del arte de la interpretación. El § 261 inciso 5 debería ser declarado inconstitucional.

Nada diferente resulta para la cuestión acerca de si la punibilidad de acuerdo con el § 261 inc. 2 puede restringirse por interpretación en los casos de aceptación de honorarios que sean “justos” (así el OLG Hamburg, NJW 2000, 673) o bien limitarse a los casos de conciencia segura (así el BVerfG 110, 226). En primer lugar, no existe en la ley ningún indicio que permita tratar de un modo diferente a determinadas personas o profesionales en lo relativo al tipo subjetivo y en segundo lugar, el tipo subjetivo está determinado con claridad a través del § 15: sólo es punible la acción dolosa salvo que la ley amenace expresamente con pena el actuar imprudente. El § 15 no ofrece ningún punto de referencia para efectuar aquí diferenciaciones entre formas de dolo”.

Coincidiendo en mucho con lo que expresa el profesor Struense, y confirmando algunas de nuestras apreciaciones sobre el tema, el profesor Kai Ambos¹⁸⁷, dice:

“La situación del Derecho alemán

Un abogado penalista es punible al tenor del tipo penal sobre adquisición ilegal del § 261, II, N° 1, o también el N° 2, cuando recibe como honorarios un “objeto” que “procede” de uno de los llamados hechos previos del § 261 I, por ejemplo, dinero en efectivo generado por aquellos hechos. El abogado defensor *se procura* los honorarios, cuando adquiere efectivamente poder de disposición sobre éstos (§ 261 II N° 1); los *conserva*, cuando ejerce custodia sobre ellos; los *emplea*, cuando hace uso de ellos (§ 261 II N° 2).

Las dificultades sólo se presentan en los casos de “contaminación parcial” o confusión, es decir, cuando el capital del anterior autor sólo es parcialmente de origen ilícito y, por consiguiente, también sólo una parte de los honorarios “procedería” posiblemente de un hecho anterior. En estos casos, se puede operar con una solución de sumas de valor, a partir de la cual sólo se sanciona al adquirente cuando recibe más dinero que el “limpio” existente. Por tanto, hay que partir de la duda acerca de si sus honorarios provienen de capital “limpio”. Ciertamente es que esta solución no es irrefutable.

¹⁸⁷ Kai Ambos, *La Aceptación Por El Abogado Defensor De Honorarios “Maculados”: ¿Lavado De Dinero? El Penalista Liberal, Libro Homenaje a Rivacoba y Rivacoba, Ob. Cit.*

El tipo penal de adquisición está concebido con tal amplitud, como alguna vez ha señalado Bottke acertadamente, que con él cada ciudadano, como oferente potencial de bienes o servicios, tiene que sentirse invitado “o bien a renunciar a la satisfacción de la pretensión a través del dinero incontrolado, o a desistir él mismo del trato”. Se trata precisamente, como ya se puede leer en todas partes, del *aislamiento* del capital sucio y del *aislamiento* económico del autor anterior. Él debe, en todo el sentido de la expresión, “quedarse sentado” sobre el capital “sucio”.

Una sanción en virtud del tipo penal de ocultación o bien del tipo de frustración (261 I) pudiera regularmente fracasar por la colusión faltante entre el abogado defensor y el defendido, o subjetivamente –refiriéndonos por lo menos al tipo penal de ocultación– por la intención faltante de ocultar.

En el aspecto *subjetivo* es suficiente, en general, el dolo eventual. La acción de custodia y empleo del inc. 2, N° 2 requiere, sin embargo, *conocimiento* del origen ilegal en el momento de establecerse la custodia, y para el inc. 5 es suficiente, como se mencionó al principio, la *temeridad*. Así, la acción de procurarse del inc. 2, N° 1, especialmente relevante en nuestro contexto, no exige expresamente conocimiento alguno.

El criterio de la temeridad deja intacto, por supuesto, el requisito general de dolo referente a las acciones de lavado de dinero. Tampoco puede anular el requisito de conocimiento del inc. 2, N° 2, ni siquiera reducirlo a un *dolus eventualis*. Quien quiere fundamentar esto combinando el inc. 2 N° 2, y el inc. 528, no sólo contradice el unívoco tenor literal del inc. 2 N° 2 –que “ha conocido”–, sino desatiende también los antecedentes internacionales. Si bien el legislador nacional puede pasar sobre ellos, entonces también debería llamar las cosas por su nombre, es decir, hablar de *dolus eventualis* en vez de conocimiento. Después de todo, sin embargo, esto no viene al caso, pues un abogado defensor puede, en todo caso, ser sancionado por la imprudente aceptación de honorarios maculados en virtud de la acción de procurarse del inc. 2 N° 1 –también sin conocimiento–. De las causas excluyentes de la penalidad contenidas en el § 261, sólo

la posibilidad de la llamada adquisición de paso quitando la máscara de la procedencia, conforme al § 261 VI, servirá de ayuda al abogado, cuando los honorarios adeudados no se pagan en efectivo, sino a través de una transferencia bancaria. Entonces se puede argumentar que el banco, como “tercero”, “obtiene” el objeto del hecho de buena fe antes que el abogado defensor y así no ha cometido ningún hecho penal (de lavado de dinero) y, con ello, se ha interrumpido la cadena de este delito. Por cierto, esto depende especialmente, y con ello la impunidad del abogado defensor como el último beneficiado con la transferencia bancaria, de las contingencias del caso individual, es decir, de que el competente empleado bancario no haya subestimado por lo menos imprudentemente el origen ilegal de la suma depositada y, en consecuencia, sea sancionable según el § 261, II, N° 1. En todo caso, teniendo en cuenta las obligaciones de mayor diligencia que se establecen a través de la legislación de lavado de dinero para las instituciones de crédito, una sospecha inicial (§ 160 de la Ordenanza procesal penal) que desencadena investigaciones en el proceso penal no se puede excluir sin más ni más.

La situación jurídica descrita conduce a una *colisión de intereses* entre la necesidad irrecusable de la lucha penal contra el lavado de dinero y el derecho del inculcado a una defensa efectiva a través del llamado a un abogado de su elección. Si el defensor designado libremente por el inculcado o acusado se expone, en los casos de los hechos previos del § 261, a un *riesgo* permanente de persecución penal, en la práctica será difícil para quien quiera que sea – ¡no sólo para el autor anterior en el sentido del § 261!– encontrar un abogado de confianza que esté dispuesto a asumir este riesgo. El instituto de la libre elección de la defensa (*Wahlverteidigung*), como tal, peligra. Si el inculcado encuentra, sin embargo, un abogado de su elección, la relación de confianza entre ambos se ve afectada por el riesgo de una investigación y el trato libre, en el sentido del § 148 de la Ordenanza procesal penal (*Strafprozeßordnung*, en adelante “OPP”), se ve cuando menos fácticamente perjudicado.

La posibilidad de asignación de un *abogado de oficio* (*Pflichtverteidigung*, §§ 140 y 141 de la OPP) no altera en nada el perjuicio del derecho a la libre elección de la defensa. En primer lugar, no existe en todos los supuestos del § 261 I, según el § 140 I

de la OPP, un caso de defensa necesaria. Si, por ejemplo, se trata del delito de tráfico de estupefacientes, para el que son competentes en principio los juzgados de primera instancia (§§ 24, 74 de la Ley orgánica de los tribunales - *Gerichtsverfassungsgesetz*), la designación está entregada al arbitrio judicial, según el § 140 II de la OPP, y, como es sabido, esto se ejerce de diferente forma a nivel regional. En el sumario, la designación de un abogado de oficio depende generalmente de una moción de la fiscalía (§ 141 III OPP). Pero la defensa de oficio es, además, algo distinto de la defensa elegida por la parte. La OPP concede un *derecho* de libre elección de defensa (§§ 137 y 138), que está garantizada en términos de derechos fundamentales (art. 6 [3] [c] de la Convención Europea de Derechos Humanos), y la figura jurídica ideal de la defensa (§ 143 de la OPP). La defensa de oficio cumple una función sólo subsidiaria, pensada para un inculpado sin recursos, y si el inculpado dispone de medios suficientes, no la necesitará y podrá contratar hasta tres abogados a su elección (§ 137 de la OPP).

Naturalmente, no existe ningún derecho a elegir defensor con dinero “sucio”. Pero no se trata *de esto*. Se trata, antes bien, del posible socavamiento del instituto de la libre elección de defensa, el que, como se ha dicho, no sólo puede corresponder a los efectivamente culpables, sino a *cualquiera persona*. Finalmente: los honorarios del abogado de oficio se pagarán del capital maculado en el caso de condena del cliente, pues las costas del proceso, incluyendo el abogado defensor, se imponen al condenado (§ 465 de la OPP). El Estado, pues, interviene entre el patrocinado y el abogado defensor y “se procura” los medios para pagar a éste. Sus organismos habrán actuado por lo menos con temeridad respecto a la procedencia (261 V). Por lo mismo, nada se opone a la imposición de la sanción del § 261 II N° 1, como tampoco, particularmente, a la intención de la adquisición de paso quitando la mácula de la procedencia, pues ésta ya supone una adquisición previa impune. A pesar de todo esto, en *este* caso, la sanción va a ser negada, aludiendo a la acción estatal en interés público, la “salvaguardia de intereses predominantes” y el empobrecimiento del autor, es decir, en general, con argumentos teleológicos. En otras palabras, se utiliza argumentos que, no han sido reconocidos a favor del autor privado por el mismo Estado”.

Por nuestra parte sostenemos que si el abogado o el profesional en general cobran honorarios por la prestación de un *servicio lícito* su conducta no se aparta del *rol* que le corresponde a cada uno en el ejercicio de una profesión por la que incluso tributan al Estado. Aquí debe aplicarse correctamente la *prohibición de regreso* y admitir que el profesional actúa en función del *principio de confianza* que le merece su cliente o paciente cuando fuese del caso. Por el cobro de honorarios profesionales hay rubros como de impuesto a la renta y del IVA que pueden significar un 20% del valor de los honorarios. Con el razonamiento de negar la existencia de una causa de justificación que enerva el juicio de antijuridicidad, nos encontraríamos con que al final de la jornada el propio Estado habría coparticipado en el *lavado de activos*.

En nuestra Ley de *lavado de activos* del año 2005, en las disposiciones generales encontrábamos la CUARTA, que decía. “En ningún caso, los sujetos obligados a informar, podrán invocar el sigilo o reserva bancarias, ni el secreto profesional o fiscal, para negar el acceso o demorar la entrega de la información solicitada, especialmente cuando lo requieran las autoridades judiciales”.

Puede ser que exista la finalidad larvada de obligar al profesional para que proporcione información con lo cual lo coloca en situación de un *conflicto de intereses* con su cliente o consultor. Si no da información bajo el argumento de la reserva profesional podría ser involucrado en el proceso por *lavado de activos* en que quedaría inhabilitado para actuar como defensor, aunque no encontramos norma expresa de exclusión. Lo interesante del tema es que es un mecanismo para llegar a producir una confrontación por ejemplo entre el imputado y su defensor con lo cual fácilmente lo *inhabilita* frente a su cliente, y se consigue la eliminación de un buen defensor.

Sobre el tema de los abogados en Alemania y en general de quienes prestan servicios, la profesora Teresa Manso Porto admite que hay la propuesta de producir un *aislamiento social* del delincuente, vale decir, dejarlo incluso sin la asistencia legal necesaria.¹⁸⁸

188 Teresa Manso Porto, en *óp. cit.* p. 14-18.

“La misma tendencia se confirmó en Alemania en relación al discutido supuesto de los honorarios de abogados. El BGH condenó en su sentencia de 4 de julio de 2001 a dos abogados por recibir honorarios a sabiendas de que procedían de un negocio fraudulento, contradiciendo así sentencias anteriores de los tribunales superiores de los *Länder*. Precisamente amparaba su interpretación en el objetivo legal de lograr el progresivo aislamiento del autor del delito, objetivo que no permitiría excepciones ni en el caso de abogados ni en el de otras profesiones. Finalmente, tampoco el Tribunal Constitucional alemán¹⁸⁹ ha puesto objeciones a la tipicidad de la conducta cuando el abogado tenga conocimiento seguro de la proveniencia de los bienes de uno de los delitos que se contienen en catálogo que acompaña al tipo penal alemán.

Por mi parte, he reiterar que considero esencialmente erróneo el incriminar conductas que se incardinan de tal manera en el entramado social de las acciones cotidianas que es prácticamente imposible el deslinde entre la materia penal y no penal, o que conllevan el riesgo potencial de criminalizar aspectos básicos de la configuración social a los que en una sociedad regida esencialmente por contactos anónimos no se quiere renunciar.

Por último, también continúa siendo problemática la interpretación de un supuesto elemento típico intencional. Digo supuesto, porque en el caso de delito de blanqueo tal y como se ha recogido en la legislación española no existe siquiera acuerdo sobre la existencia del mismo. El Art. 301.1 CP, en la redacción según la LO 15/2003 de 25 de noviembre, establece que:

Artículo 301.

1. El que adquiriera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces

189 BVerfGE 110, 226 ss.

o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código.

En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código.

- 2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.*
- 3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo.*
- 4. El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero.*
- 5. Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este Código.*

La variante típica del apartado primero del Art. 301 CP se refiere, de acuerdo con los contenidos del Tratado de Viena, a las conductas de adquisición, conversión o transmisión de bienes a sabiendas de que tienen su origen en un hecho delictivo. A ello se le añade la comisión de cualquier otro acto para encubrir su origen ilícito. Pues bien, un sector de la doctrina establece que el tipo no exige un ánimo específico, y que por tanto, es indiferente, por ejemplo, si el autor actuó para eludir el pago de tributos, para ocultar el origen del bien o para perjudicar a un tercero.¹⁹⁰ El argumento de mayor peso para

190 Vives Antón/González Cussac, *Comentarios al Código Penal de 1995*, V. II, Art. 301, p. 1464.

negar la existencia de tal elemento intencional es la consideración del peligro que supone dejar en manos de las meras finalidades subjetivas del individuo la significación jurídica de la conducta.

Personalmente he sostenido el punto de vista de que la consideración de la existencia de tal elemento intencional - que por lo demás está fuera de discusión en otros tipos penales, además de que por supuesto es objeto de elaboración dogmática en la parte general la existencia de estructuras típicas con un plus de intencionalidad en el tipo subjetivo - la consideración, como decía, de un elemento intencional, no tiene que implicar dejar en manos del individuo la significación delictiva del comportamiento. La definición del ánimo sustentador de una conducta debe, más bien, hacerse desde una perspectiva normativa que parta de la función que cumple este elemento típico. En un plano más concreto, cabría interpretar, por tanto, con un criterio individual-objetivo, que el ánimo es algo que caracteriza a una cierta fenomenología de conductas que son las que se consideran típicamente relevantes o constitutivas de blanqueo.

Como resultado de esta postura, se disolvería el aparente abismo existente entre quienes interpretan un tipo penal que castiga a quien realice una conducta “con ánimo” o “con el propósito” de ocultar el origen ilícito de un bien (en el caso del tipo penal español en su primer apartado se habla de “acto para ocultar”) y entre quienes interpretan un tipo que en una formulación, si se quiere más directamente objetiva, sancione a quien “oculte” el origen el bien (como señala por ejemplo el parágrafo 261 I del CP alemán al utilizar la expresión “dessen Herkunft verschleiert”). Síntomas de esta disolución de elementos intencionales en lo objetivo pueden verse además en las posturas doctrinales de quienes negando que se precise una finalidad definen los diferentes supuestos concretos recurriendo a ella, como por ejemplo cuando se subsume el caso de quien actúa por medio de un testaferro argumentando que los “actos” de éste estarían siempre “dirigidos a la ocultación, encubrimiento o auxilio”.¹⁹¹ Y por último cabe señalar que curiosamente la tercera Directiva de la Unión Europea ha abordado también expresamente este problema al señalar que el conocimiento, la intención o la

¹⁹¹ Abel Souto, *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español* (PDF), obtener en, <http://cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=5351>> p. 384.

motivación que han de darse en las actividades de blanqueo o de financiación del terrorismo, “podrán establecerse basándose en elementos de hecho objetivos”.

Tomando en consideración lo que ya prevé la Convención de NN.UU de 1988 de Viena y otros instrumentos internacionales el profesor Kai Ambos,¹⁹² refiere el tema de los honorarios profesionales, comentando:

“Derechos internacional y extranjero

La aceptación de honorarios maculados cae sin más, bajo el tipo penal de adquisición o de posesión, como fue codificado originalmente en la Convención de Viena sobre las Drogas, de 1988, en cierto modo la “convención madre” para la sanción del lavado de dinero, a saber, como adquisición, posesión, o uso del capital maculado (en su art. 3 [1] [c] [i]). No hay restricciones en el nivel del tipo objetivo, por ejemplo, a partir del catálogo de hechos previos. Desde el punto de vista *subjetivo*, la posibilidad de lavado *imprudente* de dinero está contemplada, pero sólo en el plano regional, en la Convención europea de 1990 (Art.6 [3] [a]); en el plano internacional-universal, se exige el *conocimiento* referido al origen ilegal, a saber, en la Convención de Viena (Art. 3 [1] [b] y [c]), la Directiva europea sobre lavado de dinero 91/308, de 10 de junio de 1991, así como en la recientemente aprobada Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Transnacional Organizado (“UN-Convention against Transnational Organized Crime”) de 15 de diciembre de 2000.

Con respecto al *Derecho extranjero* -he investigado todos los Estados de la Unión Europea, así como un grupo seleccionado de otros Estados (Colombia, Croacia, Polonia, Rusia, Suiza, Turquía y Estados Unidos)-, resulta que el abogado defensor queda en mejor posición en los Estados que no sancionan aparte el tipo penal de adquisición, sino colocan la *ocultación* manipulada del origen ilegal en el centro de su regulación penal (Francia, Grecia), e incluso, yendo más allá, exigen una adecuación determinada de la acción respecto del ocultamiento (Suecia, Italia). En estos Estados la sanción del

192 Kai Ambos, *La aceptación por el abogado defensor de honorarios “maculados”: ¿lavado de dinero? El penalista liberal, libro homenaje a Rivacoba y Rivacoba, citado.*

abogado defensor supondría por lo menos que la aceptación de los honorarios sirvió objetivamente al ocultamiento o bien –según el tipo penal de intención– debió servir a ésta.

En el aspecto subjetivo, en aquellos Estados que exigen por lo menos dolo general la punibilidad está limitada, de suerte que en especial la imprudencia y la simple negligencia respecto del origen ilegal tampoco son suficientes. Esto acontece en siete de doce Estados de la Unión Europea que prevén en general un tipo penal de lavado de dinero, así como en el caso de Polonia, Rusia, Colombia, Turquía y los Estados Unidos; en Inglaterra y Gales se solicita específicamente el conocimiento respecto del tipo penal de adquisición”.

La inconstitucionalidad del procesamiento por lavado de activos en contra del abogado defensor

Un argumento que planteamos para sostener que es inconstitucional un pretendido procesamiento penal por el delito de *lavado de activos* en contra del abogado defensor, es el que tiene que ver con el respeto al *principio de la inviolabilidad de la defensa* que entre las garantías del derecho al debido proceso es el de mayor rango constitucional, pues está previsto en el Art. 75 como parte del derecho a la tutela judicial efectiva, al igual que en el Art. 76, n. 7. Letras a. b. y siguientes, así como en el Art. 8.2 del Pacto de San José o Convención Americana de Derechos Humanos.

Luis Prieto Sanchis ha señalado que el neo constitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo alude a una nueva cultura jurídica y se identifica por cuatro acepciones principales.¹⁹³

En primer lugar, se trata de cierto estado de derecho que define institucionalmente una determinada forma de organización política. Dicho modelo proviene de dos ramas del derecho constitucional: la norteamericana – la que vale aclarar, creó una Constitución sin contenidos normativos- y la europea: con un denso contenido normativo pero sin dotarle garantías. A partir de allí podríamos

193 Luis Prieto Sanchis, *Justicia Constitucional Y Derechos Fundamentales*, (España: Trotta, 2003), 101.

afirmar que el neo constitucionalismo armoniza tales modelos y deriva como consecuencia de ello un sistema de constituciones normativas garantizadas en última instancia por el control de constitucionalidad, descansando, en forma exclusiva, en el Poder Judicial la última palabra en la definición de aquéllas cuestiones controvertidas que se susciten dentro del referido modelo.

En éste ámbito conceptual el neoconstitucionalismo presenta una faz estructural, presupuesto esencial de dicho modelo, que persigue los siguientes elementos caracterizadores. 1) carácter normativo o fuerza vinculante de la constitución; 2) supremacía de la constitución dentro del sistema de fuentes; 3) eficacia o aplicación directa de la ley fundamental; 4) Garantía judicial; 5) presencia de un denso contenido normativo que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder y con los particulares, integrados por principios, derechos y directrices más o menos precisos, pero que siempre que resulten relevantes, llamados a ser aplicados sólo en aquéllas cuestiones concretas; 6) rigidez constitucional, esto es cuanto más costosa sea la posibilidad de alterar el texto fundamental por la mayoría legislativa, mayor fortaleza tendrá el modelo constitucional.

Recordemos que de acuerdo con el Art. 75 de la misma Constitución, “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por ley”. Como ha señalado la Corte Constitucional de Ecuador, el *principio del derecho de defensa* previsto en el Art. 75 es una garantía constitucional inviolable, preeminente por sobre cualquier otro *principio*, pues como señala el mismo artículo *en ningún caso quedará en indefensión*, significa decir que nunca. Cuando se han presentado casos de conflicto de *principios constitucionales* como el de la *celeridad procesal* frente al de la *inviolabilidad del derecho de defensa* nuestra Corte Constitucional ha utilizado acertadamente el *principio de la ponderación* del profesor Robert Alexy de la Universidad de Kiel, para concluir que el *principio constitucional de la inviolabilidad de la defensa* es el más importante de

todos los principios constitucionales que hacen efectivo el respeto al *debido proceso*.

El profesor Kai Ambos, al comentar la pretendida solución (objetiva del tipo) en Alemania¹⁹⁴, nos ilustra diciéndonos:

“Bajo la noción de solución del tipo se reúnen todas las propuestas que quieren excluir la punibilidad de la aceptación de los honorarios ya en el plano del *tipo objetivo*. Puesto que hay que diferenciarlas de las soluciones subjetivas en el campo del dolo (“solución del dolo”), parece más acertado hablar de una solución *objetiva* del tipo penal. En esto entran en discusión una reducción conforme a la Constitución y teleológica, así como reducciones basadas en la doctrina de la imputación objetiva.

La reducción del tipo penal *conforme a la Constitución* (*verfassungskonforme Reduktion*), se encuentra en el punto central de la argumentación del Tribunal Regional Superior de Hamburgo: La punibilidad de la aceptación de honorarios incidiría en la libertad profesional del abogado (Art.12 I de la Ley fundamental) y en el derecho del inculpado a elegir un abogado (§ 137 de la OPP). En los casos de pago de honorarios *sin* una tendencia interna de beneficiar al autor o de dañar a la víctima, estas intervenciones no se presentarían como necesarias ni como proporcionales, por lo que el tipo penal debiera ser objeto de una reducción. De ese modo, el Tribunal deja intacta la punibilidad en los casos en que el abogado defensor abusa del vínculo del mandato para ocultar —en cierto modo como cómplice del defendido— el capital ilícito en el sentido del § 261, I (actuación colusiva conjunta), o en los casos donde el hecho anterior se dirige contra una víctima concreta y esta víctima hace valer demandas de indemnización por daños y perjuicios. Por cierto, en la mayoría de los hechos previos de lavado las demandas de indemnización del lesionado no vienen al caso, pues se trata de uno de los llamados delitos sin víctima.

En el especialmente importante campo de las drogas, el hecho anterior se basa generalmente sobre la relación de intercambio, en don-

194 Kai Ambos, *La aceptación por el abogado defensor de honorarios “maculados”: ¿lavado de dinero? El penalista liberal, libro homenaje a Rivacoba y Rivacoba*, citado.

de la presunta víctima, el consumidor de drogas, recibe por su prestación pecuniaria la “mercancía” como contraprestación, es decir, exactamente lo que él ha querido. De cualquier manera, la sentencia, no obstante estas excepciones a la no punibilidad, se ha topado, según es sabido, con una vehemente contradicción: desde un punto de vista metódico-formal se critica que el Tribunal Regional Superior habría infringido las fronteras de la interpretación, porque el tenor literal del § 261 II abarca claramente la aceptación de los honorarios. El juez no podría ponerse en el lugar del legislador, ante la duda sobre la constitucionalidad de una norma clara, sino debiera presentarla a la Corte Constitucional Federal según el art. 100 de la Ley fundamental. En esta materia los críticos consideran la norma como constitucional. El argumento propuesto por *Grüner/Wasserburg* es convincente, en el sentido de que en el derecho a la defensa de parte no se trata en absoluto de un derecho fundamental originario del abogado defensor, sino sólo de un “reflejo de los intereses estatalmente protegidos del inculpado”, es decir, que depende únicamente de los intereses eventualmente lesionados del inculpado.

El abogado sería, según famosas palabras de *Beling*, sólo un asistente del sujeto procesal. Sin embargo, con ello sólo queda dicho que una lesión del derecho fundamental del abogado defensor no viene al caso. Queda pendiente, si el menoscabo del derecho a la elección de un abogado, acertadamente constatado por el Tribunal Regional Superior de Hamburgo, no afecta el derecho fundamental y humano del inculpado a un proceso penal justo, especialmente el derecho a la igualdad de armas. En todo caso, aun los críticos de dicho Tribunal reconocen que las posibilidades de trabajo de los abogados defensores de libre elección pueden experimentar debido a la criminalización “una reducción persistente”; asimismo, incluso los defensores del parágrafo 261 II admiten que el tipo es demasiado amplio y, por ello, debiera ser limitado de algún modo.

Sin razón se reprocha continuamente al Tribunal Regional Superior haber practicado “una reducción teleológica”. En realidad, el Tribunal opina que “una reducción puramente teleológica del tipo penal” estaría “ampliamente descartada del terreno”, porque el legislador quiso precisamente registrar todas las formas de comportamiento posibles de aceptación del capital maculado en el §

261 II. Esto corresponde a la opinión general de la doctrina, según la cual el legislador renunció conscientemente a la exoneración penal prevista en un anterior proyecto de ley de la Cámara de los *Länder* (*Bundesrat*), referente a determinados negocios socialmente usuales y a derechos especiales para los abogados. Con ello, queda claro que una interpretación histórica (*subjetiva*) orientada por la voluntad legislativa, prohíbe una reducción del tipo penal en favor de determinados pagos o negocios usuales. Si esta voluntad tan clara se desprende de los debates parlamentarios, y tratándose además de una ley reciente, no hay espacio para una interpretación correctiva de carácter teleológico-objetivo. No hace falta dirimir aquí otra vez la clásica disputa entre las interpretaciones objetiva y subjetiva; la clara voluntad legislativa no puede ser excluida por un contenido normativo teleológico-objetivo, que, por lo demás, ni siquiera puede ser determinado con seguridad.

Los representantes de la solución del tipo rechazan la *teoría de la adecuación social*, por considerarla en general como muy indefinida, y recurren en este tema a consideraciones de la doctrina de la *imputación objetiva*, en el amplio sentido de ésta, es decir, de nuevo a consideraciones normativo-teleológicas. Así, se considera la realización de la defensa contra un honorario adecuado (§ 3 del Arancel federal de abogad – *Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung*, BRAGO) como prestación usual y común de servicios profesionales, que no tocaría el fin de protección del § 261 por cuanto en la aceptación de los honorarios no habría que ver “infiltración” alguna en el círculo económico legal. También los intentos de concreción o bien restricción del término “procede” del § 261 I, igualmente basados sobre consideraciones normativas de imputación objetiva, pueden ser fructíferos para una reducción teleológica del § 261 II N° 1. Si con esto se niega una procedencia en la subsiguiente elaboración económica del objeto, es decir, una posterior prestación autónoma –como también en la Exposición de motivos de la ley–, entonces se podría argumentar en nuestro contexto que los honorarios del abogado defensor son producidos por la prestación de servicios independientes en la defensa penal y que en consecuencia el ordenamiento jurídico tiene que tolerarlos como contraprestación adecuada del asesoramiento jurídico.

Finalmente, también “la solución de la derogación” propuesta por Lüderssen conduce a una reducción teleológica del § 261 II N° 1, si bien se basa en figura de la “derogación modificativa”, conocida en la metodología jurídica: la punibilidad del lavado de dinero según el § 261, y el derecho a la elección de defensa según el § 137 de la OPP se encuentran entonces en una relación concursal, limitando recíprocamente sus campos de aplicación. Si se decide por la prevalencia de uno de los preceptos (aquí, el § 137 de la OPP), pues este precepto deroga en definitiva parte del ámbito del otro (§ 261).

Problemática es, por cierto, en estos intentos de restricción normativa del tipo penal, no sólo su contradicción con el tenor literal de la ley y la indeterminación de los criterios empleados –un conocido problema de las reducciones normativas del tipo penal con ayuda de la doctrina de la imputación objetiva–, sino también la ausencia de unidad sobre el *bien jurídico* protegido por el tipo del lavado de dinero. Puesto que en todo caso la fuerza de convencimiento de una reducción del tipo penal orientada al bien jurídico, depende decididamente de una determinación del bien jurídico correspondiente. Esto se sumerge, como ocurre en el lavado de dinero, en un mar de opiniones diferentes, y falta en cierto modo una premisa que consienta la reducción del tipo. Además, se puede fundamentar tal reducción *in concreto*, solamente cuando se parte de bienes jurídicos universales ampliamente concebidos, como la seguridad interna, el orden público económico o la Administración de Justicia. Es entonces que se puede argumentar que ningún peligro para un bien jurídico *concreto* deriva de la aceptación de honorarios maculados, aunque son conocidos los principales argumentos contra tales bienes jurídicos indeterminados en vista de los límites jurídico-constitucionales del Derecho penal. O bien se ve el fin del § 261 menos en alguna protección de bienes jurídicos *susceptibles de concreción*, y más en la posible satisfacción de muchos principios de investigación, en el sentido de un extensivo “tipo penal de persecución”. Así se llega por cierto al resultado de que la aceptación de los honorarios del abogado no constituye un injusto punible, pues se trata efectivamente de combatir los hechos anteriores.

Si, por otro lado, se trata de un *aislamiento* del autor anterior, su

exclusión del círculo económico legal, esto se va a perseguir y alcanzar, naturalmente, no sólo con la criminalización de la compra de bienes de lujo, sino también con la prohibición de aceptar honorarios maculados. Pues con ello el autor es excluido justamente de *toda* actividad económica, incluso la cotidiana socialmente usual. Por cierto que existe una manifiesta contradicción valorativa en la comparación entre la compra de un Ferrari y el pago hecho al –legalmente garantizado y también necesario (§ 140 de la OPP)– abogado defensor. No es sólo que el autor anterior no ha obtenido su capital ilegalmente con el objetivo de pagar a su abogado; también se ve privado del uso de este capital por la cancelación de los honorarios del abogado, y no le queda –como en la compra de un bien lujoso– la posibilidad del uso y aprovechamiento del sucedáneo.

Al respecto, se llega al mismo resultado que en el comiso (§ 73 CP) y en la confiscación (§ 74 CP) o –como ya hemos mencionado– en el pago estatal del abogado de oficio con el patrimonio del condenado según el § 465 de la OPP. Por lo demás, la posibilidad de confiscación según los §§ 261 VII 1, 74, ofrece precisamente un argumento (adicional) a favor del abogado defensor: si se parte de que el abogado defensor tiene una pretensión de honorarios por el patrocinio derivado del contrato de servicios, el capital producido por un hecho anterior puede ser confiscado en el sentido del § 261 sólo hasta donde alcanza esta pretensión de honorarios. Pues una confiscación sólo es admisible según el § 74 II N° 1, cuando el objeto afectado pertenece o corresponde al autor o partícipe –es decir, en este caso, al patrocinado–, lo que implica que ningún derecho de terceros –en este caso, el del abogado defensor sobre la base del contrato de servicios– va a ser afectado.

Una confiscación por extensión, sólo es admisible según el § 261 VII 2 y en el sentido del § 74, cuando el abogado defensor ha contribuido por lo menos imprudentemente para que el objeto confiscado haya sido el medio u objeto del hecho (§ 74 a N° 1), o haya sido adquirido por el abogado defensor con conocimiento de las circunstancias que posibilitan la confiscación en forma reprochable (§ 74 a N° 2). Puesto que la primera posibilidad generalmente se excluye, los honorarios del abogado defensor sólo pueden ser confiscados,

cuando éste ha obrado reprobablemente. Esta cláusula de reprobación podría también servir como límite de la adquisición de paso en el sentido del § 261 VI”.

Para nosotros en el ejercicio profesional del abogado defensor penal, hay el ejercicio legítimo de una profesión, que debe ser pagado pues a nadie se puede obligar a prestar un servicio sin ser remunerado. Limitamos el comentario al *defensor penal*, pero igual podría ser el caso de una defensa civil como para el cobro de deudas, juicio de alimentos, de liquidación de una sociedad, etc. Desde la óptica constitucional – como lo mencionamos en otros momentos- está prevista como una garantía inviolable el *derecho a la defensa* que es parte del derecho a una tutela judicial efectiva, tanto que la Corte Constitucional se pronuncia porque este *principio de la inviolabilidad del derecho a la defensa* es el más importante y el de mayor preeminencia constitucional frente a cualquier otro. Tal vez de lo que se trata en verdad es de una expresión más del *derecho penal del enemigo*, dirigido en contra del acusado para tratar de *aislarlo* incluso del ejercicio del derecho a la defensa, y al mismo tiempo dirigido en contra del *defensor penal* para tratar de impedir que *tome el caso* por el riesgo de ser penalizado por *lavado de activos* a través de su intervención profesional.

Para el caso de Ecuador destacamos que la tipificación demanda un actuar doloso o con el *querer de un resultado típico* bastado como elemento subjetivo del tipo el *dolo eventual*. El *lavado de activos* al que se llegue por conducta imprudente, negligente o descuidada, es decir por comportamiento *culposo* es atípica y por ende no es constitutiva de delito de acuerdo con la ley del 2005 ni del art. 317 del COIP del 2014.

Nos reconducimos a lo expresado precedentemente en cuanto a la correcta utilización de la *teoría de la imputación objetiva* pues el abogado que actúa en ejercicio de su profesión, lo hace amparado en una *causa de justificación*, que por lo demás actúa dentro de su *rol* como abogado, frente a su cliente que está amparado tanto por la garantía constitucional que reconoce como principio, *la inviolabilidad del derecho a la defensa* previsto igualmente en normativa internacional

vinculante para el Estado ecuatoriano, como es el Pacto de San José de Costa Rica.

Con respecto al defendido hay que pensar en la correcta aplicación del *principio de confianza* tanto más si el patrocinado goza del *principio constitucional de presunción de inocencia*. Para nosotros la conducta del abogado entra en el ámbito de las *conductas neutrales* o inocuas (podría incluso expresarse que es *socialmente adecuada*) y debe también aquí funcionar correctamente en su favor la *prohibición de regreso*.

Recordemos que mantenemos también la tesis de la *ausencia de dolo* pues el abogado defensor no tiene la finalidad de *lavar activos*, y ante la ausencia de este elemento subjetivo del tipo penal, no hay plena adecuación típica. Es diferente la situación del abogado que es parte de una organización criminal para la comisión de diferentes delitos, cuyo producto debe ser finalmente lavado o blanqueado para darle visos de licitud. Aquí el abogado es parte de la estructura de la organización delictiva y debe responder penalmente.

Sobre el tema de la *causa de justificación* en la actuación del abogado defensor, nos dice el profesor Kai Ambos¹⁹⁵, “De acuerdo con la solución de la justificación, propuesta por primera vez por Bernsmann, de la relación de defensa y de la presunción de inocencia se puede deducir una causa de justificación *procesalmente cimentada*. Como las autoridades de la investigación pudieran adoptar medidas de coacción en el proceso penal con la sola sospecha de un hecho penal, y con ello justificar la realización del tipo penal ocurrido por medio de la sospecha, es decir, por medio de una sospecha de *culpabilidad*, así también la presunción de *inocencia* representa para el abogado defensor un bono de justificación asegurado por la relación de patrocinio. Asimismo, como el funcionario de la investigación se justifica con la sospecha del hecho, el abogado defensor puede justificar la aceptación típica de honorarios con lo opuesto, la presunción de inocencia correspondiente a su patrocinado; ello inclusive debería asegurar la defensa tranquilamente. El principio del interés predominante, inmanente en las causas de justificación,

¹⁹⁵ Kai Ambos, *La aceptación por el abogado defensor de honorarios “maculados”: ¿lavado de dinero? El penalista liberal, libro homenaje a Rivacoba y Rivacoba*, citado.

quedaría a salvo, pues el interés de un proceso penal justo prevalece sobre el interés de someter a pena al abogado defensor. Hamm ha complementado la justificación con una *doble presunción de credibilidad* –del abogado defensor frente a su patrocinado, y de las autoridades de persecución penal frente al abogado defensor-. Esta presunción sólo sería refutada, cuando el abogado defensor estuviera convencido de la culpabilidad de su patrocinado, especialmente si éste le hubiera evidenciado el origen ilegal de su capital. Mientras éste no sea el caso, la presunción de credibilidad se presentaría como contra fuerza *legal* que desbarata la tipicidad.

También Hefendehl ha certificado recientemente la solución de la justificación como “cierto reflejo estético”. Además, Lüderssen primero la ha acogido –del todo convencido- con la reflexión paralela a la justificación de las intervenciones estatales de investigación y a la posible frustración de pena por el abogado defensor según el § 258, así como con la relación regla-excepción de tipicidad y anti-juridicidad, pero luego la ha rechazado con los argumentos contrarios a favor de su ya mencionada solución de la derogación. Ahora la argumentación de Lüderssen reza que de la presunción de inocencia no se podría sacar más que la justificación de una frustración abogadil de pena según el § 258, pues el privilegio de una defensa adecuada no llegaría más allá”.

Creemos que la solución para que resulte idónea la conducta del abogado defensor que recibe dineros maculados la encontramos en el *error de tipo* cuando media una ausencia de un actuar doloso, esto es cuando cree que los honorarios que está percibiendo como retribución justa por la prestación de un servicio que es lícito – la del ejercicio profesional- y que hace efectivo el *principio de la inviolabilidad del derecho a la defensa* tienen una fuente lícita, pues no habría el dolo del conocimiento del delito fuente de sus honorarios. Como sabemos, si no hay dolo no hay delito porque faltaría el elemento subjetivo del tipo penal.

Puede igualmente intentarse la tesis de la *causa de justificación*, caso en el que nos encontraríamos con el *ejercicio legítimo de una profesión* y por ende con el *ejercicio legítimo de un derecho*. Como

conocemos, si media una *causa de justificación* la conducta es ajustada a derecho, y en consecuencia no hay delito porque falta el predicado de la *ilicitud* o de la *antijuridicidad*. Cuando estudiamos la teoría del delito hemos admitido el criterio de que una conducta además de típica debe ser antijurídica, de lo contrario si faltare la *antijuridicidad* no podemos afirmar la presencia de un delito, pues si no hay *reproche de ilicitud* la conducta es *iure* es decir ajustada a derecho.

En un sistema legal o normativo que aceptare el comportamiento *culposo* o *temerario*, como forma modal del *lavado de activos* el riesgo para el abogado defensor es sin duda mayor, y habría que recordar las reflexiones del profesor Kai Ambos¹⁹⁶, “para llegar a una solución convincente se tiene que diferenciar entre las exigencias *jurídico-materiales* planteadas al conocimiento del abogado defensor, y la demostración *procesal* de dichas exigencias. Desde el punto de vista jurídico-material, es claro que la representación como *probable* del origen ilegal de los honorarios no constituye un conocimiento *seguro*. Éste requiere “que el autor reconozca y prevea la realización del tipo penal como consecuencia *segura* de su acción”, mientras que la representación como probable, en el sentido de ignorancia digna de reproche, más bien pudiera ser atribuida a la temeridad o, a lo sumo, al *dolus eventualis*. Si, en este caso, se aceptara el conocimiento seguro, entonces se exigiría al abogado defensor apreciar determinados indicios de lo alegado por la fiscalía como carga contra su patrocinado, e invertir en su perjuicio la presunción de inocencia y de credibilidad, que en ellos se basa. Y es que entonces el abogado defensor debería partir de la base de la culpabilidad e inverosimilitud de su representado, en vez de su inocencia y credibilidad. Como sea, se puede considerar como refutada la presunción de inocencia, sólo bajo la forma de una presunción debilitada de credibilidad, en el caso de un *saber seguro* sobre la culpabilidad del patrocinado.

Ahora bien, ¿cómo adquiere el abogado defensor ese conocimiento seguro, o cómo puede ser demostrado *procesalmente*? Pudiera quedar fuera de discusión que el abogado defensor tiene

196 Kai Ambos, *La aceptación por el abogado defensor de honorarios “maculados”: ¿lavado de dinero? El penalista liberal, libro homenaje a Rivacoba y Rivacoba, citado.*

conocimiento en el caso de una declaración de confesión del patrocinado. Entonces puede serle *razonablemente* exigido que se dirija contra su patrocinado y renuncie al patrocinio. Que, además, el abogado defensor pueda poseer un conocimiento fundado en determinadas circunstancias, que para juzgar el estado de su conocimiento se tenga que, por decirlo así, sacar aquello que ocurre dentro de su cabeza cara a cara con su patrocinado, y que se deba poder deducir estos *sucesos* internos de las circunstancias *exteriores*, son preguntas del caso concreto, sometidas a las normas generales de apreciación de la prueba. Entretanto, apenas se podrá objetar que el abogado defensor puede también obtener el conocimiento sobre la base de determinadas circunstancias fácticas objetivas y, en consecuencia, no sólo “de boca o la pluma del patrocinado”. Y de tales circunstancias objetivas (indicios) puede derivarse también una prueba sobre el lado interno del hecho.

Otra pregunta, distinta, es a qué objeto tiene que referirse exactamente el conocimiento. Si se “subjetiviza” el § 261, V, el abogado defensor tiene que advertir que los honorarios derivan de uno de los hechos antijurídicos anteriores. Con todo, iría demasiado lejos si se quisiera exigir que él tenga que conocer con exactitud la ocurrencia de todos los elementos típicos del correspondiente hecho previo. Esto haría prácticamente imposible una prueba de su conocimiento. Por eso ha de ser suficiente que el abogado defensor tenga un conocimiento *en general* de lo maculado de los honorarios, en especial, por la declaración del patrocinado. Si bien la solución de la *subjetivización* de la justificación procede de un modo convincente con la mala fe del abogado defensor, difícil se presenta su integración en el sistema de las causas de justificación. En efecto, con ello se construye una causa *sui generis* de justificación *dependiente del dolo*, y la solución de la justificación se aproxima a la solución del dolo. Con ello queda expuesta a la misma incertidumbre con respecto a la investigación que afecta a aquélla. En ambos casos es suficiente que los órganos de la investigación deduzcan de la objetiva sospecha fáctica relativa al patrocinado, el conocimiento del defensor respecto del origen antijurídico del honorario. De todos modos, puede ser de consuelo que una interpretación consecuente de los requisitos del conocimiento llevará en muchos casos a una

pragmática solución procesal, que detendrá a los órganos de la investigación incluso desde el comienzo de las indagaciones. A la luz de los argumentos expuestos y especialmente por la correcta idea central de la solución del dolo - el aislamiento del defensor *de mala fe* -, hay que aceptar la restante incertidumbre con respecto a la investigación.

El abogado defensor en USA y blanqueo de capitales

La situación no ha sido pacífica en el contexto del ejercicio profesional de la abogacía en Estados Unidos de América. La Ley sobre blanqueo de capitales de 1986 introdujo el delito¹⁹⁷. El art. 18 United State Code de 1957 castiga como delito de blanqueo el involucramiento en una *transacción monetaria*, sabiendo que los bienes provienen de un delito. El valor debe exceder de 10.000 dólares norteamericanos. La explicación está en que los estudios de abogados constituidos como verdaderas corporaciones cobran honorarios muy altos cuando se trata de la defensa de personas vinculadas con el crimen organizado. El Art. 18 del U.S.C.A en su apartado f reconocía un privilegio para el abogado pues disponía que quedaba fuera de la expresión *transacción monetaria* aquella transacción necesaria para preservar el derecho de una persona a una defensa garantizada por la sexta Enmienda de la Constitución. El problema surge cuando se afirma que el pago que recibe el abogado debe provenir de un capital o dinero lícito.

Si el pago se hace con recursos que tienen un origen ilícito porque provienen de un delito no se puede procesar penalmente al abogado, pero se podrán decomisar sus honorarios por constituir activos de procedencia ilícita.¹⁹⁸

Según Isidoro Blanco Cordero, la historia legislativa confirma, que a pesar de que el Congreso fue consciente de que los abogados penalistas se enfrentarían al decomiso de los honorarios contaminados, no había la predisposición de que fuesen procesados por un delito en caso de que aceptaran el pago de su trabajo. La primera versión de la sección 1957 no tenía una excepción para preservar los

¹⁹⁷ Isidoro Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, 4ta. Edición. 2015, Editorial Arazandi, España, p. 736.

¹⁹⁸ Isidoro Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit. p. 737.

derechos de la Sexta Enmienda, aunque había la preocupación de algunos congresistas porque la ley podría influir en el ejercicio del derecho a la defensa letrada previsto en la Sexta Enmienda en caso de que este delito se aplicara a los abogados por los honorarios recibidos de buena fe. El Departamento de Justicia había expresado que se iba a respetar el derecho a la defensa letrada prevista en la Sexta Enmienda y que en consecuencia no se iban a emprender acciones penales contra los abogados que ejercían la defensa penal.

Sin embargo poco después de la aprobación de la Ley el Departamento de Justicia anunció formalmente que tales procesos pueden ser útiles, siempre y cuando el Jefe de la División Criminal del Departamento de Justicia los autorice. Pero adelantó que tales procesos se aprobarían solo en raras ocasiones.¹⁹⁹ Ante esto la American Bar Association y la National Association of Criminal Defense Lawyers se mostraron escépticos ante esas garantías mínimas, instando al Congreso a que introdujera una excepción explícita sobre la protección de la relación abogado – cliente. El Congreso le dio la razón a ambas asociaciones de abogados pues a la vista de las directrices del Departamento de Justicia dirigida a los iscales la situación de los abogados se volvió muy vulnerable y podían ser enjuiciados de acuerdo con el art. 18 United State Code de 1957. El Congreso aprobó la excepción que se mantiene vigente (18 USC & 1957 f). Esta excepción se extiende a cualquier honorario pagado de buena fe por la representación legal legítima. La defensa incluye no solo la asistencia para el juicio oral si no que se extiende a la fase de investigación que por ser tal puede durar mucho y ser más larga y compleja que el propio juicio.²⁰⁰

No obstante en 1989 se producen dos sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de los EE.UU que ameritan el correspondiente análisis, en el caso *Caplin & Drysdale vs. United States* y *United States vs Monsanto*, que en el fondo coinciden en que los honorarios cobrados por un abogado en un asunto penal podrían ser objeto de decomiso, y se discutió si el decomiso de los honorarios pagados podría constituir una violación de la Sexta Enmienda de la Constitución. La discusión concluyó con el criterio de que tal

199 Isidoro Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit. p. 738.

200 *Ibidem*.

decomiso no lesiona la Sexta Enmienda. Esto quiere decir que el abogado penalista es libre de aceptar una defensa a la que tiene derecho un justiciable de acuerdo con la Sexta Enmienda. Y expresó el Tribunal que la perspectiva del decomiso solo supone una limitada carga sobre el derecho del acusado a un abogado de su elección porque los acusados pueden encontrar abogados dispuestos a representarlos con la esperanza de que serán pagados en caso de absolución o por alguno otro medio que el acusado podría conseguir en el futuro.²⁰¹

Por la reforma los abogados penalistas están blindados de acuerdo con la cláusula de salvaguarda de que no van a ser procesados por el delito de lavado de activos pero no hay salvaguarda posible de que sus honorarios no sean decomisados. El mensaje es claro, se trata de desestimular a los abogados penalistas para que defiendan casos de delincuencia organizada en que puede haber dinero contaminado por su procedencia delictiva como ocurre en los casos de drogas ilegales, tráfico de armas, de migrantes, de lavado de activos, etc. Esto equivale a decirle al abogado defienda gratis o pro bono, si esa es su intención, pero si recibe honorarios contaminados por su origen ilícito, los pierde porque van a ser decomisados. No obstante en los últimos veinte años los fiscales de Estados Unidos han acusado a abogados por delito de Blanqueo de capitales cuando han cobrado honorarios con bienes de origen delictivo.²⁰²

Veamos la situación en fallos de Tribunales de Circuito que terminarán en la Corte Suprema.

En el caso U.S. vs. Vélez de 2009. El abogado defensor que cobraba alrededor de 5 millones de dólares de honorarios en un caso de narcotráfico le solicitó a otro abogado que investigue el origen de los recursos o dineros del presunto narcotraficante. Este abogado entregó un informe aseverando que los recursos tenían y un origen lícito porque provenían de la venta de bienes ocurrida antes del involucramiento en el tema de drogas. En el 2003 se condenó al narcotraficante, y se abrió una investigación sobre la aceptación de honorarios por parte del abogado que había realizado

²⁰¹ Isidoro Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit. p. 739.

²⁰² *Ibídem*

la investigación y emitido sus informes. La fiscalía lo acusó en el 2007 bajo la imputación de que sabía que los fondos utilizados por el condenado para el pago de los honorarios de los abogados procedían de actividades delictivas.

En diciembre del 2008 una juez del Distrito desestimó la acusación por blanqueo de capitales con base en la cláusula de salvaguarda del 18 USC & 1977 (f) (1). El Undécimo Circuito confirmó la decisión de la jueza por considerarla correcta. En criterio del Tribunal las transacciones realizadas con productos de origen delictivo están exceptuados de la aplicación del delito de blanqueo de capitales del & 1957 a) cuando se llevan a cabo con el propósito de garantizar una representación legal a la que tiene derecho todo acusado de acuerdo con la Sexta Enmienda de la Constitución de USA.²⁰³

La situación es diferente en el caso USA vs. Blair del 2011. En este caso un traficante de drogas entregó el producto de la venta de drogas a un tercero que no estaba involucrado en el delito de drogas. Este tercero contactó a un abogado y a petición del abogado entregó los dineros en su oficina. El abogado ideó un sistema para blanquear los dineros y se reservó una parte para cobrar sus propios honorarios y los de otros dos abogados que ejercieron la representación legal de dos de los socios colaboradores del narcotraficante. El abogado fue acusado de varios delitos como los de blanqueo de capitales, delitos fiscales y obstrucción de la justicia.

El Cuarto Circuito consideró que constituye delito de blanqueo de coitales destinar el dinero que provenía del negocio de la droga para cobrar sus propios honorarios y para pagar los honorarios de los otros dos abogados contratados. En este caso se dejó sin efecto la cláusula de salvaguarda prevista en la Sección 1957 (f) (1). El Tribunal destacó que su decisión no abre el camino para sanciones penales contra los dos abogados contratados a pesar de que fueron pagados de la misma fuente contaminada que Blair. Hay un voto salvado o particular del Juez Traxler quien no justifica la conducta del abogado Blair y que la reputa como condenable y particularmente ofensiva para los miembros de la comunidad jurídica, pero

203 Isidoro Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit. p. 740.

sostiene que el punto de vista de la mayoría no está de acuerdo con la ley. Igualmente muestra su preocupación por las posibles consecuencias de la eliminación de la protección que ofrece el Congreso a los abogados. Concluye expresando que el texto de la Ley le obliga a concluir que las dos transacciones en cuestión – que aseguraron abogados competentes para la legítima defensa penal de los socios del narcotraficante– no generan responsabilidad penal de acuerdo con el & 1957 (f) (1).²⁰⁴

Resumen

La punibilidad como lavado de dinero de la aceptación por el abogado defensor de honorarios maculados, entra en consideración dondequiera que existe –basado en el Derecho internacional– un amplio tipo penal de adquisición, carente de restricciones objetivas o subjetivas. El *riesgo* asociado a ello de una persecución penal del abogado defensor es contemplado, también en el Derecho comparado, como un sensible menoscabo del derecho a la elección de defensa y de la relación de confianza entre abogado defensor y patrocinado.

En esta situación jurídica, la colisión entre el legítimo interés de la lucha contra el lavado de dinero (como un elemento de la lucha contra la criminalidad organizada) y el derecho del inculpado a una efectiva elección de defensa, puede ser equilibrada sólo a través de una *solución subjetivizada de la justificación*. Frente a la solución (objetiva) del tipo, esta solución tiene la ventaja de dejar intacto el tipo penal de la adquisición y, con ello, viene al encuentro de los partidarios de la criminalización, siquiera al mismo tiempo sosiega además a los adversarios de ésta a través de la retirada del reproche del injusto. Ella se corresponde con la *solución del dolo*, en la medida en que condiciona la justificación del abogado defensor a su *buena fe* en el momento de la aceptación de los honorarios. Ciertamente es que una solución puramente *objetiva* de la justificación, si bien sería admisible desde el Derecho internacional, no se la puede fundar convincentemente *de lege lata*, porque implica una preponderancia del derecho a la elección de defensa frente a la punibilidad del abogado

204 Isidoro Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit. p. 741.

defensor y, con ello, contradice la valoración legislativa. Resta por hacer constar, *de lege ferenda*, que una cabal protección del instituto de la elección de defensa sólo puede ser garantizada a través de una solución *objetiva* —sea en el plano del tipo penal o en el de la antijuridicidad— 207. Pues sólo ésta toma el § 261, II, N° 1, al inicio de toda investigación y con ello establece una *inmunidad de investigación* para el abogado elegido, siquiera, por cierto, al precio de soportar la impunidad de los abogados de mala fe”.

Nos apartamos de algunas afirmaciones del profesor Kai Ambos, porque encontramos respuestas desde los principios constitucionales frente a ese conflicto de intereses, o *colisión entre el legítimo interés de la lucha contra el lavado de dinero (como un elemento de la lucha contra la criminalidad organizada) y el derecho del inculpado a una efectiva elección de defensa*, pues de nuestra propia cosecha sostenemos que principios constitucionales como el relacionado con la *inviolabilidad del derecho a la defensa*, previsto en los artículos 75 y 76 n. 7 de la Constitución del Ecuador del 2008, el *principio de presunción de inocencia* previsto en el Art. 76 n. 2, así como el *principio pro homine* en el Art. 427, nos deben llevar a la conclusión de que la conducta del abogado que recibe *dineros maculados* en el ejercicio de su actividad lícita como abogado defensor, no es constitutiva de delito de *lavado de activos*.

Sumemos a lo expresado y en apoyo de nuestro planeamiento, que el Ecuador se proclama con la Constitución del 2008, como Estado constitucional de derechos y justicia (Art. 1), que los derechos son de aplicación inmediata y plenamente justiciables (Art. 11. n. 3), que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales (Art. 11. n. 4) y que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución (Art. 11. n. 9).

Como en nuestro país tienen carta de ciudadanía y son preeminentes los principios constitucionales frente a cualquier ordenamiento normativo, la correcta aplicación de los principios constitucionales invocados y una adecuada *ponderación* entre los fines que pretenda la ley de *lavado de activos* y el *ejercicio legítimo*

de la profesión y de un derecho como es el del abogado defensor, sumado a la *inviolabilidad del derecho* a la defensa de su patrocinado a quien le asiste el *principio de presunción de inocencia*, deben enervar una pretendida responsabilidad penal por delito de *lavado de activos*, pues el abogado no se ha apartado de su *rol*, su conducta es socialmente adecuada y por ende *neutral* o *inocua*, y debe operar en su beneficio la *prohibición de regreso*.

Conclusiones

- 1.- Siendo el *derecho de defensa* una garantía constitucional inviolable, la más importante de las garantías que conforman el derecho al debido proceso, a la que sumamos la existencia del *principio de presunción de inocencia*, nos parece irracional un pretendido enjuiciamiento penal en contra del abogado defensor que recibe como parte de sus honorarios, *activos maculados* constituido por dinero o bienes que provengan de una actividad delictiva, pues existe normativa constitucional que sienta el *principio de la inviolabilidad del derecho de defensa*, mismo que viene siendo reconocido por la Corte Constitucional de Ecuador que ha aplicado correctamente los *principios de proporcionalidad* y de *ponderación*.
- 2.- Otro tanto ocurre en el caso del abogado que constituye y vende *compañías de papel* que luego pueden ser utilizadas para el *lavado de activos* que tienen origen en la comisión de delitos, pues no se ha apartado de su *rol* como abogado, apareciendo una causa de justificación que enerva el juicio de antijuridicidad, que es el ejercicio legítimo de su profesión. Debe funcionar adecuadamente aquí la *prohibición de regreso* porque su conducta es *neutra* o *inocua*. Consecuentemente aquí no es procedente una *imputación objetiva*.
- 3.- Diferente es al caso del abogado que forma parte de una *organización criminal* o que es parte de una *asociación delictiva*, pues su actividad es parte de la división del trabajo que se hace en la *empresa criminal*, y en este caso puede asesorar, aconsejar, instigar, inducir, etc., para utilizar los mecanismos

que permitan el *blanqueo de capitales* o *lavado de activos*. Aquí si se habría apartado de su *rol* como abogado y debe responder como parte de una *organización criminal*.

PARTE II

DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN, OPINIÓN Y EXPRESIÓN VS. EL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA REPUTACIÓN

INTRODUCCIÓN.-

La Constitución de Ecuador del 2008 significó una verdadera ruptura epistemológica en el campo del derecho constitucional, pues se produce un cambio del paradigma de lo que significaba un Estado Social de Derecho a un Estado Constitucional de Derechos y Justicia. No era ni es un simple cambio de nombres sino de contenido que marca un hito histórico, y más allá de aceptar la denominación del llamado neoconstitucionalismo, es un hecho histórico innegable que le hemos dado carta de ciudadanía al constitucionalismo moderno, con esta o con otra denominación. Este salto paradigmático y ruptura epistemológica se ha producido en otras áreas, como en las del derecho penal en que pasamos de la escuela positivista y del llamado causalismo con autores como Alfonso Reyes Echandía, Eduardo Noboa Monreal, Luis Jiménez de Asúa, a la vertiente o doctrina del llamado finalismo de clara orientación alemana con autores como Hans Welzel, Maurach, Jeschek, Luis Gracia Martín, Raúl Zaffaroni, Juan Bustos Ramírez, Juan Fernández Carrasquilla, Alfonso Zambrano Pasquel, sin dejar de reconocer la discusión presente en derecho penal en torno al funcionalismo sistémico y a la imputación objetiva cuyas figuras más señeras son los profesores Gunther Jakobs y Claus Roxin de Alemania.

La ruptura epistemológica se produjo igualmente en el campo de la criminología pues pasamos del modelo de la criminología causal explicativa y de la criminología clínica con profesores

como Luis Rodríguez Manzanera, Alfonso Quiroz Cuarón, Manuel López Rey, Jean Pinatel, a la vertiente opuesta de la llamada criminología crítica o radical con profesores como Alessandro Baratta, Tamar Pich, Massimo Pavarini, Rosa del Olmo, Lolita Aniyar de Castro, Luis Marcó del Pont, otro tanto ocurrió en la psiquiatría en que aparece la vertiente de la denominada psiquiatría crítica y las propuestas de los manicomios de puertas abiertas y la psicoterapia grupal con autores como Franco Basaglia, Tomas Zsasz, en el derecho procesal penal hemos transitado del llamado modelo inquisitivo con autores como los profesores Jorge Zavala Baquerizo, Jorge Clariá Olmedo, Alfredo Vélez Mariconde al llamado modelo acusatorio oral con profesores como Julio B.J. Maier, Alberto Binder, Andrés Baytelman y Mauricio Duce. Si las reflexiones precedentes no son suficientes para afirmar la ruptura epistemológica en el derecho constitucional moderno, recordemos que hasta en la religión se producen propuestas que han dejado una profunda huella como la teología de la liberación con obispos y monseñores como Leonardo Boff, Edler Cámara, Gustavo Gutiérrez, César Arnulfo Romero, Leonidas Proaño.

El Constitucionalismo moderno se nutre con la presencia de una legión de juristas nacidos incluso en el ámbito de la filosofía del derecho y luego posicionados en el constitucionalismo, mencionando entre otros a Hans Kelsen, Gustav Radbruch, Robert Alexy, Carlos Santiago Nino, Manuel Atienza Rodríguez, Luis Prieto Sanchis, Juan Ruiz Manero, Josep Aguiló Regla, Marina Gascón, Susana Pozzolo, Nestor Bobbio, Luigi Ferrajoli, Ricardo Guastini, Paolo Comanducci, Ronald Dworkin, L.A. Hart, Hector Fix Samudio, José Juan Moreso, Juan Antonio García Amado, Miguel Carbonell, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Humberto Nogueira Alcalá, Nestor Pedro Sagüez, Victor Bazan, Gustavo Adolfo Gozaini, Carlos Bernal Pulido, César Landa Arroyo, Luis Castillo Alba, Jorge Zavala Egas, Ramiro Avila Santamaría, Nicolás e Iván Castro Patiño, y una lista interminable de autores y profesores.

Nuestra constitución del 2008, proclama que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia (Art. 1), en tanto que en la constitución de 1998 se expresaba que el Ecuador era un Estado de

Derecho. Estoy con quienes piensan que hay un antes y un después en Ecuador, pues antes de la Constitución vigente no había modo o mecanismo para reclamar por la violación a garantías del derecho al debido proceso, con el manido argumento de la independencia y autonomía de la función judicial – a lo que se agregaba – que con la Corte Constitucional se pretendería crear una instancia judicial superior, que afectaría a la intangibilidad de la cosa juzgada, a la seguridad jurídica, y en definitiva a la sabiduría de los jueces, pues es inadmisibile un control de constitucionalidad que afectare a la cosa juzgada. Pero esto es precisamente lo que viene ocurriendo desde 1991 en Colombia con la Corte Constitucional, y lo que ha venido ocurriendo con el Tribunal Constitucional español, o con el Tribunal Constitucional alemán, y pasa con el control de constitucionalidad que efectúan la Suprema Corte de EE.UU., o la Corte Suprema de la nación Argentina.

Hoy se habla con propiedad del llamado *bloque de constitucionalidad* y su obligatoria aplicación, se alude al denominado *control de constitucionalidad*, y tan importante como lo anterior es referirnos al ya difundido *control de convencionalidad*. Un conocido constitucionalista ecuatoriano nos explica que la denominación *estado de derechos* a que se refiere la Constitución del Ecuador del 2008, no es una equivocación semántica sino que: en el estado de derechos, los derechos, que son creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al estado, someten y limitan a todos los poderes incluso al constituyente; en este último caso, diríamos que la parte dogmática tiene una relación de importancia superior a la orgánica, y que incluso prima en importancia en el texto jurídico al establecer el fin y al instrumentalizar para su efectivo cumplimiento a los órganos estatales. (Ávila Santamaría R. 2011. *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución del 2008*, Quito: Abya Yala, p. 122.)

Capítulo 1

PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. ANTECEDENTES.-

El *neoconstitucionalismo* que caracteriza a la Constitución de Ecuador del 2008 deviene en la aplicación inmediata de las garantías constitucionales que antes estaban en el marco dogmático de las constituciones sin aplicación práctica, y directa. Ya era un avance el reconocimiento que hacía la Constitución de 1998, que impedía invocar la falta de ley como argumento para irrespetar al mandato constitucional. Hoy el desarrollo y aplicación del *neoconstitucionalismo* es incuestionable en la Constitución del 2008, bástenos recordar los artículos 11, 75, 76, 77, 172, 417, 424, 425, 426 y 427, que constituyen un sólido *bloque de constitucionalidad*.

El Art. 11 señala: *El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:*

3. *Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación, por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá invocarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.*

4. *Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni las garantías constitucionales.*
5. *En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que mas favorezcan su efectiva vigencia.*
9. *9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución... El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.*

El Art. 75 de la Constitución dice que:

Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

El derecho a la tutela judicial efectiva que está previsto en el Art. 75 de la Constitución de 2008, demanda: 1) la existencia de un procedimiento exigible que resulte rápido y eficiente para atender el reclamo del justiciable, b) la presencia de un juez o autoridad que atienda de manera pronta y oportuna el reclamo resolviendo; y, c) el cumplimiento inmediato – sin dilaciones- de la decisión del juez o de la autoridad. Agregamos que una verdadera tutela jurisdiccional comprende: a) poder acceder a los órganos judiciales; b) que el proceso entablado se desarrolle bajo las garantías del debido proceso; c) que la autoridad competente dicte una resolución fundamentada; d) que las partes puedan impugnar la resolución si la consideran contraria a derecho; e) que se proceda a la ejecución de la sentencia firme.

El Art. 76 de la Constitución se refiere al conjunto de derechos y garantías que hacen efectivo el respeto al *debido proceso*:

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de

cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:...

Cuando nos referimos al *debido proceso* entendemos por tal, a aquel en el que se respeten las garantías y derechos fundamentales, previstos en la Constitución, en las leyes que rigen el ordenamiento legal del país, y en los pactos, tratados y convenios que han sido ratificados y que en consecuencia forman parte de la normativa interna del país y que son de forzoso e incuestionable cumplimiento. Cuando nos referimos al *debido proceso penal* por su especificidad, tiene que ver con el respeto a las garantías y derechos fundamentales, que le asisten a cualquier ciudadano que es objeto de una imputación delictiva o que es sometido a un proceso penal. La *legalidad del debido proceso penal* es un imperativo propio de la vigencia de un Estado de Derecho en el que deben hacerse efectivos los principios rectores del proceso penal, que en definitiva constituyen y dan contenido a la garantía del debido proceso; esos principios rectores son la columna vertebral de un sistema procesal penal determinado.

Hablar del *debido proceso penal* es referirnos igualmente al respeto a los derechos humanos en la Administración de Justicia Penal, que como sabemos se refieren a aquellos derechos fundamentales que le son reconocidos a cualquier persona que, por una u otra razón, justa o injustamente entran en contacto con los sistemas de justicia penal en un país, refiriéndonos a un concepto de justicia penal en sentido amplio; es decir teniendo en cuenta no solo la fase judicial - penal, sino que cubre la actividad de los órganos represivos del Estado. Así nos hemos expresado en alguna de nuestras obras publicadas (Zambrano Pasquel A. 2005. *Proceso penal y garantías constitucionales*. Quito. Biblioteca de Autores de la Facultad de Jurisprudencia: Corporación de Estudios y Publicaciones, p. 39-80).

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, se reconocen ya una serie de derechos estrechamente vinculados con la administración de justicia penal, pues se consagra el derecho a la vida, la seguridad e integridad personales, el derecho a no ser sometido a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, se hace referencia al reconocimiento de la

personalidad jurídica, a la igualdad ante la ley, al derecho de recurrir a una autoridad competente en caso de considerarse violados los derechos fundamentales, al derecho a no ser arbitrariamente detenido o encarcelado, etc. Pero, para hacer efectivo el respeto a esos derechos fundamentales, han ido surgiendo una serie de instrumentos internacionales que en los últimos años, se han venido aplicando con marcada eficacia en el caso particular de nuestro país, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

Como se infiere de la propia Constitución, *no puede alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en la Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos* (n. 3 ibídem). El Art. 76 de la Const. del 2008, que contiene también esta garantía (que es un derecho humano en general y en este caso particular del ecuatoriano) habla de asegurar el debido proceso, con lo cual se hace referencia a un juicio justo, un juicio imparcial, ágil, expedito, que requiere de una justicia que actúe con celeridad y en la que se respeten las garantías y derechos fundamentales inherentes al Estado de Derecho.

El Estado ecuatoriano es responsable por los supuestos de violación de las normas establecidas en el art. 76 *in fine*, y en cualquier momento ante requerimiento de legítimo interesado va a tener que responder nuevamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tiene competencia sobre el Estado ecuatoriano desde el año 1.984, en que Ecuador se allanó sin reserva a la competencia de la Corte. Por esta razón es que se indemnizó en el caso de los hermanos Restrepo (negociando), y se indemnizó en el caso de la profesora Consuelo Benavidez, (negociando), en el caso Suárez Rosero, en el caso Daniel Tibi, entre otros. La responsabilidad no está limitada solo a los actos de terrorismo de Estado o de un ejercicio abusivo de la fuerza pública que viola derechos humanos, sino que el Estado también es responsable por la violación de las Garantías Constitucionales que tienen que ver con el debido proceso.

En la presente investigación buscamos respuestas coherentes con

la vigencia de un Estado constitucional de derechos y justicia como es el Ecuador de acuerdo con la Constitución del 2008, recurriendo al *bloque de constitucionalidad*, al *control de constitucionalidad* y al *control de convencionalidad* ante una colisión de principios de rango constitucional, pues nos encontramos por una parte con el ejercicio del *derecho a la libertad de información, expresión y de opinión* vs. el *derecho a que se respete la honra y dignidad de las personas*, así como el *derecho a la intimidad*, cualquiera que fuese su rango (ver Arts. 18 n. 1 y 66 n. 18 y 20 de la Constitución). El tema es de vieja data, el Prof. Robert Alexy de la Universidad de Kiel en Alemania reseña casos resueltos por Tribunales Alemanes en 1958, mismos que ante la colisión de principios debieron utilizar racionalmente el *principio de ponderación* que forma parte del test a que nos conduce una correcta aplicación del *principio de proporcionalidad* (Alexy R. 2010. Opúsculo *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad* en Libro *El canon neoconstitucional*. Miguel Carbonell, Leonardo García Jaramillo. Colombia: Universidad Externado de Colombia).

El *principio de ponderación* que es fundamental en la discusión y resolución del conflicto entre *libertad de información, de expresión y opinión*, vs el *derecho a la honra, a la dignidad y a la intimidad*, en expresiones del mismo Alexy se enuncia diciendo: *Cuanto mayor sea el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro*. En un trabajo nuestro (Zambrano Pasquel A. 2011. *Del Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo*. El Sistema Interamericano de DD.HH a través de sus Sentencias. Lima: Edilex S.A.) manifestamos, que siguiendo al Prof. Alexy la *ponderación* se puede descomponer en tres pasos: en el primero se establece el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio; en el segundo paso se comprueba la satisfacción del principio contrapuesto, y en el tercer paso, finalmente se determina si la importancia de la satisfacción del principio contrapuesto justifica la afectación o el incumplimiento del otro. Nos queda en lo personal la preocupación de la forma o manera en que el intérprete o el juez que va a resolver el caso, forma su juicio de valor para otorgarle al principio un determinado peso, que se afirma que es un *peso abstracto*.

1.2.- DESCRIPCION DEL OBJETO DE LA INVESTIGACION.-

El presente trabajo tiene como objeto determinar el proceso o mecanismo que permita a los jueces resolver adecuadamente el conflicto entre el derecho a la libertad de información, de expresión y de opinión, frente al derecho a la honra, a la dignidad y a la intimidad del ciudadano

Planteamos dos respuestas:

Una primera, que es la que sostiene que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, nacida como consecuencia de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), resolvió en octubre del año 2000 que los funcionarios públicos de los países miembros estaban “sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad”; todo lo cual nos debe llevar a reconocer que en el Ecuador de hoy ya no existe el delito de injurias contra la autoridad, conocido también como “desacato”, cuando las manifestaciones ofensivas, eventualmente injuriosas, hubieren sido originadas en la libertad de expresión y sobre hechos públicos de trascendencia política, por las siguientes razones:

a.- Porque la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, ratificada por el Ecuador en 1977, en el artículo 13 garantiza el imperio de la “libertad de pensamiento y expresión”, y que se establece en el numeral 3 de ese artículo que en los países de la Convención, no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos. b.- Porque los principios décimo y undécimo de la ‘Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión’, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en octubre del 2000, dicen que las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos, generalmente conocidas como “leyes de desacato”, atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información, porque los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad; y, que la protección a su reputación debe estar garantizada solo a través de sanciones civiles. c.- Porque la Constitución del 2008 le otorga a los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos

-a los que declara “de aplicación directa” - un valor supraconstitucional, es decir, por encima de la Carta Fundamental ecuatoriana. d.- Porque los derechos y garantías a las libertades de opinión, pensamiento, expresión, información y comunicación son derechos y garantías consagrados en los artículos 16, 20, 66 y 384 de la Constitución vigente, y porque el reconocimiento y protección a tales derechos humanos no puede conciliarse con el caduco tipo delictual de las injurias contra los funcionarios públicos, que era el texto del artículo 493 del Código Penal desde hace más de setenta años.

Una reflexión final sobre lo mismo es que, al entrar en vigencia la Constitución de Montecristi del 2008 el tipo penal previsto en el Art. 493 del Código Penal vigente en aquella época, quedó tácitamente derogado, según el artículo 37 del Código Civil, por el imperio del segundo inciso del artículo 424 de la Constitución y, para abundar, por su ‘Disposición Derogatoria’. Que este razonamiento tenía que ser aplicado también para la figura del *desacato* prevista en los artículos 230 y 231 del Código Penal.

Una segunda respuesta, es la que sostiene que se deben despenalizar expresamente - vale decir suprimir del plexo normativo- las figuras de los *delitos de injurias* tanto *calumniosa* como *no calumniosa grave*, así como de la figura del *desacato* al que la doctrina durante mucho tiempo consideró como delito de *lesa majestatis*. Esto lo hemos consignado en el *anteproyecto de nuevo Código Penal para Ecuador* - del cual soy el autor - que quedó en el limbo en el entonces H. Congreso Nacional en el año 1997, (Zambrano Pasquel A. 1995. Tomo V. de *Práctica Procesal Penal*. Guayaquil: Edino. p. 135 y ss.) La discusión más de fondo tiene que ver con el carácter vinculante o no de la *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en octubre del 2000 en el 108 periodo ordinario. (*Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión* de la CIDH del 2000 en [http:// www.alfonsozambrano.com](http://www.alfonsozambrano.com))

Los principios 10 y 11 expresan:

Principio 10: *Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la*

investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.

Principio 11: *Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como “leyes de desacato” atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.*

Reconocemos la importancia que tiene el *derecho a la libertad de expresión, de información y de opinión*, incluso como un mecanismo de control social frente al ejercicio de la función pública. Recordemos casos como el *Watergate y Nixon*, o uno más reciente sobre el ex Primer Ministro *Berlusconi* y sus desvaríos en el poder en Italia o sobre el Rey de España. De no ser por la presencia de la información muchos de los casos de pedofilia cometidos incluso por prelados de la Iglesia Católica hubiesen quedado en el anonimato que es sinónimo de impunidad. Los grandes fraudes y negociados han tenido un enemigo permanente que ha sido el ejercicio de la libertad de información, no obstante reconocemos también que se producen muchos casos en que hay un ejercicio abusivo de este derecho fundamental. Alguna vez he escuchado decir que el primer poder del Estado es la libertad de información, pero esto no es cierto porque también es posible que la libertad de información se convierta en una especie de *libertinaje informativo*, mediante cuyo ejercicio abusivo, la honra, la dignidad, el prestigio y el derecho a la intimidad personal y familiar, es arrasada por malos y abusivos comunicadores sociales.

En el Ecuador de acuerdo con la Constitución de 1998, se aplicaba el llamado *control difuso de constitucionalidad*, que significaba que si un juez consideraba al tiempo de resolver que habían *normas inconstitucionales* así las declaraba, y procedía a resolver el caso, y

posteriormente elevaba una consulta debidamente fundamentada al entonces Tribunal Constitucional que resolvía con fuerza *erga omnes*, es decir con fuerza de ley y obligatoria para todos los casos venideros. La Constitución de 2008, consagró el llamado *control concentrado de constitucionalidad* (Art. 436), siendo la Corte Constitucional el *órgano máximo de control de la Constitucionalidad*. Es famoso y conocido el caso *Marbury vs. Madison*, resuelto por la Suprema Corte de EE.UU el 24 de febrero de 1803, presidida por un extraordinario jurista John Marshall. Este es el inicio del llamado *control de constitucionalidad*. (Zambrano Pasquel A. 2011. *Del Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo*. El Sistema Interamericano de DD.HH a través de sus Sentencias. Lima: Edilex S.A., p. 329 y ss.)

De acuerdo con la Constitución vigente, era viable que se plantee ante la Corte Constitucional una demanda para que se declare la inconstitucionalidad de los tipos penales relacionados con los delitos de *injuria calumniosa* y *no calumniosa grave*, así como del llamado *delito de desacato*, y esto podría hacerlo por ejemplo, un gremio que piense que el *derecho a la libertad de expresión, de información y de opinión* no se encuentran debidamente garantizados mientras subsistan los referidos tipos penales. Otra opción era que un *juez de garantías penales* en conocimiento de una demanda, decida elevar en consulta la constitucionalidad de los tipos penales señalados y del procedimiento penal que se pretende. Pero aquí surge la posibilidad de que se recurra al llamado *bloque de constitucionalidad* del que forman parte los artículos 11 n. 3 y 7, 417, y 426; y un juez decida aplicar el Art. 427 de la Constitución, declarando la inaplicabilidad de las figuras del desacato, y de injurias y calumnias en un caso concreto.

El Prof. Ramiro Avila Santamaría, nos dice algo que para muchos era y es desconocido en el Ecuador pero que es importante, la incorporación con fuerza vinculante del derecho internacional de los derechos humanos al derecho constitucional:

La discusión sobre jerarquía entre instrumentos internacionales de derechos humanos y constitución se torna irrelevante por el principio 'pro derechos': se aplicará la norma que más favorezca

al reconocimiento y ejercicio de derechos. La palabra usada por la Constitución de Ecuador ‘instrumentos’ merece un comentario. Intencionalmente no se utilizó la palabra ‘convenios’ o ‘tratados’ para ampliar el espectro de protección de los derechos. En los instrumentos tenemos ‘soft law’, resoluciones y sentencias de organismos internacionales y hasta declaraciones de Conferencias internacionales que contengan derechos o desarrollen el contenido de ellos. (*El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución del 2008*. 2011. Quito: Abya Yala. p. 62).

En el CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL para Ecuador publicado en el Registro Oficial, Suplemento 180 del 10 de febrero del 2014, se mantiene la sanción penal para el delito de injuria calumniosa (falsa imputación de un delito) y se suprime del plexo normativo la injuria no calumniosa grave y el delito de desacato (que es una especie de injuria a la autoridad pública, Jefe de Estado, Ministros, Asambleístas, etc.). Ya encontraremos respuestas valederas recurriendo incluso al llamado *control de convencionalidad* que significa en lenguaje de fácil entendimiento, recurrir tanto a la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), como a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debiendo destacar *prima facie* tanto el carácter vinculante de la convención, como los efectos *erga omnes* de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de DD.HH.

1.3.- JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La justificación tanto doctrinaria, y jurídica de la presente investigación, es la ausencia de doctrina nacional en relación concreta con el tema de la aplicación del *control de convencionalidad*, del *control de constitucionalidad* y del *bloque de constitucionalidad* que nos de la mejor respuesta, para solucionar la colisión de principios entre el *derecho a la libertad de información, de opinión y de expresión*, frente al legítimo derecho del ciudadano funcionario público o no, de que se respete su *honra, dignidad, prestigio y su intimidad personal y familiar*. El *control de convencionalidad*, el *control de constitucionalidad* y el *bloque de constitucionalidad* son temas nuevos aunque hay alguna aproximación a los mismos en los trabajos del profesor Ramiro

Avila Santamaría, sin entrar a resolver en concreto el conflicto que planteamos.

Somos convencidos de que el foro jurídico nacional se interesará por este tema para encontrar mecanismos de respuesta a esta colisión de principios y derechos, y para conocer y discutir mejor lo que significan el *control de convencionalidad*, el *control de constitucionalidad* y el *bloque de constitucionalidad*, los mismos que tienen aplicación a partir de la Constitución de Ecuador del año 2008. Lo anterior nos permite afirmar la necesidad de asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva, que hasta ahora sigue mas en el marco normativo constitucional, aunque con fallos esporádicos de la Corte Constitucional. Será de importancia fundamental acudir a las fuentes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Europea o Tribunal de Estrasburgo.

La relevancia social se sustenta en la necesidad de que la Corte Constitucional, la Corte Nacional, los jueces en general, los abogados litigantes, los docentes y todos los ciudadanos tengan el necesario conocimiento sobre sus derechos y sobre los mecanismos para reclamar su respeto, que surgen de la Constitución de Montecristi de 2008. El desconocimiento tanto de la ley como de los mecanismos de protección a los que se puede acudir, son una lamentable y negativa consecuencia para la administración de justicia que impacta a los operadores y a los usuarios.

La justificación económica de esta investigación tiene su sustento en evitar que las garantías constitucionales pierdan no solo su objetivo sino inclusive su eficacia, pues el ciudadano incluyendo al abogado no conoce el contenido y verdadero alcance del *control de convencionalidad*, del *control de constitucionalidad* y del *bloque de constitucionalidad*, que en países cercanos como Colombia y Perú son frecuentemente utilizados por los jueces de diferentes niveles. El desconocimiento y la equivocación de jueces y abogados tiene un costo económico para el justiciable y para el Ecuador que viene siendo sancionado moral y económicamente desde la década de los noventa (caso Suárez Rosero vs. Ecuador. 1997) por el sistema interamericano de derechos humanos.

La justificación política se sustenta en proporcionar las herramientas teóricas y doctrinarias a la Asamblea Nacional que bien puede mediante un proceso de reforma suprimir la responsabilidad penal por el delito de calumnia (pues la injuria y el desacato ya no acarrearán responsabilidad penal en Ecuador), como ya ha ocurrido en otros países en la región como Argentina, y se presentaron los proyectos en Chile y Brasil. Igualmente podrán los jueces desde los del primer nivel, hasta la Corte Constitucional, aplicar correctamente el *control de convencionalidad*, el *control de constitucionalidad* y el *bloque de constitucionalidad*. El Código Orgánico de la Función Judicial del 2009 dice en su Art. 28 que los jueces al resolver deben aplicar la ley, la doctrina y la jurisprudencia, y esto - salvo casos de excepción- no se cumple.

Concluimos señalando que la investigación es viable pues hay los recursos necesarios para llevarla a cabo, tanto en el ámbito doctrinario como en el jurisprudencial, y es conveniente para aportar a la justicia, al poder político y a los ciudadanos, suficientes herramientas que surgidas desde el marco teórico se deben consolidar en su aplicación práctica.

Capítulo 2

PREGUNTAS DE LA INVESTIGACIÓN

Las preguntas que planteamos sobre el tema de la investigación son las siguientes:

¿Que son los principios y las reglas en el constitucionalismo moderno, y como se aplican a un caso como en que motiva la presente investigación?

¿La aplicación del test o principio de ponderación permite responder al conflicto de derechos entre la libertad de información, expresión y opinión y el derecho a la honra, la dignidad y la intimidad de los ciudadanos?

¿Qué tipo de control de constitucionalidad se sigue actualmente en el Ecuador, el *control difuso* o el *control concentrado* o kelseniano, y en este caso como deben resolver los jueces la colisión del *derecho a la honra, dignidad e intimidad*, frente al *derecho a la libertad de información, de expresión y de opinión*?

¿Cómo se debe entender el llamado *bloque de constitucionalidad*, cual es su contenido y su real aplicación en la presente investigación?

- La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha resuelto casos como *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* o *Kimel vs. Argentina*, o *La última tentación de Cristo vs. Chile*, entre otros, tiene o no carácter vinculante o efecto *erga omnes* en materia de *libertad de información, de expresión y de opinión*, frente al *derecho a*

la honra, a la dignidad y a la intimidad de las personas?

¿Qué importancia tienen la independencia, autonomía e imparcialidad de los jueces frente al poder político, en el objeto jurídico de la presente investigación, de acuerdo con las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

¿Es posible desarrollar con el marco normativo vigente, el llamado *control de convencionalidad* en Ecuador, y para que serviría su aplicación en la colisión de derechos: *la libertad de información, de expresión y de opinión* vs. *el derecho a la honra, a la dignidad y a la intimidad de los ciudadanos*?

Capítulo 3

OBJETIVOS GENERALES Y ESPECÍFICOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. OBJETIVO GENERAL

Determinar si el *control de convencionalidad* es suficiente para solucionar en Ecuador el conflicto de derechos que surge de la *libertad de información, de expresión y de opinión* vs. el *derecho a la honra, a la dignidad y a la intimidad de los ciudadanos*.

3.2.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS.-

Para cumplir el objetivo general es imprescindible cumplir los siguientes objetivos específicos:

- 3.2.1. Justificar la aplicación del *control de convencionalidad* para resolver la colisión del *derecho a la libertad de información, de expresión y de opinión* vs. el *derecho a la honra, a la dignidad y a la intimidad* de los ciudadanos, a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- 3.2.2. Desarrollar doctrinariamente un adecuado *control de constitucionalidad* a partir de lo que señala la Constitución en los artículos 11, 75, 76, 77, 172, 417, 424, 425, 426 y 427, y encontrar en la doctrina y jurisprudencia ecuatoriana algún referente si lo hay.

- 3.2.3. Identificar en el *bloque de constitucionalidad* una posible respuesta al conflicto de derechos que surge de la *libertad de información, de expresión y de opinión* vs. el *derecho a la honra, a la dignidad y a la intimidad* de los ciudadanos.
- 3.2.4. Aplicar el test o *principio de ponderación* para responder al conflicto de derechos que surge de la *libertad de información, de expresión y de opinión* vs. el *derecho a la honra, a la dignidad y a la intimidad de los ciudadanos* utilizando tres casos.

Valorar la aplicación hipotética de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de DD.HH por parte de los jueces ecuatorianos al resolver casos sometidos a su competencia.

Capítulo 4

MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN

4.1.- INTRODUCCIÓN TEÓRICA.-

La presencia del constitucionalismo moderno o del *neoconstitucionalismo* significa no un simple cambio de nombres como ya expresamos precedentemente sino que el Ecuador se proclama como Estado constitucional de derechos y justicia, como hemos expresado en uno de nuestros trabajos sobre el tema (Zambrano Pasquel A., *Del Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo*, en [http:// www.alfonsozambrano.com](http://www.alfonsozambrano.com)).

Nuestra constitución del 2008, proclama que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia (Art. 1), en tanto que en la constitución de 1998 se expresaba que el Ecuador era un Estado de Derecho. Estoy con quienes piensan que hay un antes y un después en Ecuador, pues antes de la Constitución vigente no había modo o mecanismo para reclamar por la violación a garantías del derecho al debido proceso, con el manido argumento de la independencia y autonomía de la función judicial – a lo que se agregaba – que con la Corte Constitucional se pretendería crear una instancia judicial superior, que afectaría a la intangibilidad de la cosa juzgada, a la seguridad jurídica, y en definitiva a la sabiduría de los jueces, pues es inadmisibles un control de constitucionalidad que afectare a la cosa juzgada.

El neoconstitucionalismo como teoría del derecho describe o explica los elementos caracterizantes del modelo y puede sintetizarse

evolutivamente en:

- 1) **Más principios que reglas.** Corresponde señalar que tanto los principios como las reglas son normas porque señalan lo que debe ser. Pero los principios son normas abiertas que presentan un condicionante fáctico- mandatos de optimización- fragmentado o indeterminado y que necesariamente serán cerrados por la justicia constitucional mediante los procesos de interpretación y ponderación. Los derechos fundamentales presentan, en general, la estructura de los principios, y posibilita que los procesos de determinación o delimitación de sus contenidos contemplen -en sentido plural- la mayor cantidad de opciones, visiones o planes de vida de los integrantes de una sociedad (Gil Dominguez A. 2005, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*. Buenos Aires: Ediar. p.54) En cambio, las reglas, son normas que pueden ser cumplidas o no y que contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posibles.
- 2) **Más ponderación que subsunción.** En un estado de derecho, todos los derechos fundamentales poseen a priori y en abstracto la misma jerarquía, caso contrario no habría que ponderar ya que se impondría el derecho de mayor importancia. Ponderar es buscar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones justificadoras conflictivas del mismo valor (Prieto Sanchís L. 2003, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*. España :Trotta, p. 189) .
- 3) **Omnipresencia de la constitución en todas las áreas jurídicas en lugar de espacios dejados a la discrecionalidad legislativa o reglamentaria.** Este precepto está estrechamente vinculado con los requisitos de la constitucionalización del ordenamiento jurídico propuesto por Ricardo Guastini (*La constitucionalización del ordenamiento jurídico: “el caso Italiano”*. En Neoconstitucionalismo (S) – editor Miguel Carbonell-. España: Editorial Trotta, p. 49/73) para quien:

Su finalidad es lograr impregnar e irradiar en todo

el ordenamiento jurídico las normas constitucionales. Para ello, se tiene que dar las siguientes condiciones de constitucionalización: a) una constitución rígida, si en primer lugar es escrita y en segundo término, está protegida -garantizada- contra la legislación ordinaria y en donde, además, se deben distinguir dos niveles en el que la Constitución está por encima de la legislación común, no pudiendo ser derogada, modificada o abrogada por ésta última; b) la garantía jurisdiccional de la constitución: esta acepción requiere que aunque la rigidez de la ley fundamental esté formalmente estipulada, la misma no está asegurada si no existe algún tipo de control sobre la conformidad de la leyes con la constitución;

- c) la fuerza vinculante de la constitución: importa la difusión, en el seno de la cultura jurídica de un país, de la idea que toda norma constitucional - independientemente de su estructura o contenido normativo- es una norma jurídica genuina, vinculante y capaz de producir efectos jurídicos. d) la sobre interpretación de la Constitución, lo que implica que no cabe lugar para la libre discrecionalidad del legislador y, consecuentemente, no existe materia por más política que revista su naturaleza, que quede al margen del control de un juez respecto a su legitimidad constitucional;
- e) la aplicación directa de las normas constitucionales: importa la difusión de la cultura de un país en donde la función de la constitución es moldear las relaciones sociales, produciendo sus normas efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en las relaciones entre particulares en ocasión de cualquier controversia, siempre y cuando, la misma no pueda ser resuelta sobre la base de la interpretación conforme a la constitución, esto es, aquella que armonice la ley con la constitución -previamente interpretada- eligiendo, frente a una doble posibilidad interpretativa- el significado - la norma- que evite toda contradicción entre la ley y la constitución; y g) implica la influencia de

la constitucionalización sobre las relaciones políticas, y depende de: el contenido mismo de la constitución, el rol de los jueces que ejerzan el control de constitucionalidad y la orientación de los órganos constitucionales y de los actores políticos.

- 4) **Omnipotencia judicial en vez de autonomía del legislador ordinario.** Este es un elemento esencial que define, por su importancia, al Estado Constitucional de Derecho. Es el órgano que detenta la última palabra, aún respecto de las decisiones colectivas, y están ligadas a los derechos fundamentales, lo que implica consecuentemente que hay un desplazamiento natural del legislador lo que conlleva a una elección a favor de la legalidad constitucional y la argumentación judicial respecto de la formulación del modelo de democracia deliberativa, siendo la mejor opción posible en torno a la custodia de la fuerza normativa constitucional. Esto no significa que desde la constitución se impongan límites sustanciales al legislador democrático, sino que en la determinación de los derechos se muta del procedimiento legislativo a la actividad jurisdiccional: en otras palabras, en lugar de ser la mayoría del parlamento la que dispone que derechos nos corresponden, es el tribunal en su voto mayoritario quién titulariza el control de constitucionalidad.
- 5) **Coexistencia de una constelación plural de valores en lugar de homogeneidad ideológica.** Esto implica que a partir de la incorporación de los derechos humanos en nuestro sistema de fuentes, trae aparejado un nuevo orden simbólico, además del jerárquico, ya que comparten con la Constitución Nacional su supremacía, que al complementar el sistema legal interno, expande como dice Andrés Gil Domínguez *una constelación de opciones de vida en lugar de un supuesto de uniformidad e igualdad ideológica o pensamiento único*. (Neoconstitucionalismo y derechos colectivos, 2005. Buenos Aires: Ediar, p. 28).

4.2.- CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Sentencias en casos como el Salvador Chiriboga vs. Ecuador, del 3 de marzo de 2011 dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ponen de manifiesto que la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (1969), tiene un campo de acción para todo el sistema de justicia sin que estuviese limitada únicamente a las violaciones al derecho al debido proceso en sede penal (*violaciones a derechos humanos en materia penal*).

Esto marca una ruptura con las afirmaciones de que La Convención Americana y las Convenciones europeas como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de NN. UU (1966) deben aplicarse únicamente para violaciones al debido proceso en el campo penal. Esta es una primera reflexión. Otra no menos importante es la que está relacionada con el *carácter vinculante* (u obligatorio) tanto de la Convención como de las resoluciones que dicta la Corte Interamericana de Derechos Humanos (jurisprudencia) que tienen carácter vinculante no solo *inter partes* y para el caso concreto, sino que hoy tiene carta de ciudadanía el llamado *control de convencionalidad* que significa que los Estados partes de la Convención (o Pacto) están no solamente obligados a respetar lo que dice la Convención, sino que deben a través de su sistema de justicia respetar los fallos y aplicarlos en la resolución de los casos presentes y futuros.

SOBRE EL LLAMADO CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El desconocimiento incluso de la existencia no digamos de la importancia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y del carácter vinculante de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) -de donde surge el llamado Control de Convencionalidad- así como de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que al igual que la Convención tienen carácter vinculante para los Estados suscribientes y partes, así como el efecto obligatorio o *erga omnes* de la jurisprudencia de dicha Corte, a la que el Ecuador se allanó sin reserva alguna (1984), justifica que le demos espacio al llamado *control de convencionalidad*.

Hay importantes trabajos de constitucionalistas argentinos, como son el Prof. Dr. D. Nestor Pedro Sagûez (*El “ Control de Convencionalidad” como Instrumento para la elaboración de un Ius Commune Interamericano*, publicado en la biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México) y el Prof. Dr. D. Victor Bazàn (*La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable*. Ponencia en VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, México, 6 a 10 de diciembre de 2010), que sirven para comprobar la importancia del *Control de Convencionalidad*. Un distinguido profesor Leonardo Massimino de visita en la maestría de Derecho Constitucional en la Universidad Católica de Guayaquil decía en un coloquio extra clases, que el Ecuador en realidad vive un *Estado Convencional* que es un *plus* al *Estado Constitucional*, porque si se diese un conflicto entre un mandato o norma constitucional ecuatoriana y un mandato o norma prevista en la Convención, debe primar lo que dice la norma de la Convención o norma convencional.

En el Ecuador a lomo de la segunda década del siglo XXI, los Pactos, Tratados y Convenciones, se aplican siguiendo el criterio *pro hómine*, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución, y la primacía de la normativa internacional pro derechos humanos frente a la Constitución está expresamente reconocida en la Constitución del 2008, de manera que el derecho internacional de los derechos humanos en todo lo que fuese más favorable a la Constitución es prevalente. Esta es una vieja discusión hoy superada, y así se infiere de nuestra Constitución.

Art. 417. - Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

Art. 424.- ...los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos

en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

INFLUENCIA DE LOS TRATADOS Y PACTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS.

Resulta necesario aproximarnos a una apreciación conceptual de lo que es o significan los derechos humanos, pues en más de una ocasión aparece como una categoría vaciada de contenido. Para nosotros, pueden ser apreciados como el conjunto de garantías que le asisten al ser humano, necesarios e imprescindibles para el pleno desarrollo de su personalidad y del respeto a su dignidad.

Una definición tautológica muy repetida en la doctrina es la que afirma que *los derechos del hombre son los que le corresponden al hombre por el hecho de ser hombre*. Una definición formal es la que afirma que *los derechos del hombre son aquellos que pertenecen o deben pertenecer a todos los hombres, y de los que ningún hombre puede ser privado*. Una definición teleológica es la que dice que *los derechos del hombre son aquellos que son imprescindibles para el perfeccionamiento de la persona humana, para el progreso social, o para el desarrollo de la civilización*.

Una definición que pretende ser descriptiva, aunque tiene una fuerte carga teleológica, y que ha sido generalmente aceptada, es la que propone don Antonio Enrique Perez Luño, quien entiende que los Derechos Humanos son: *un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*.

Dado este primer paso, de cara a la realidad ecuatoriana, podemos expresar que hace tres o cuatro décadas hablar en Ecuador del respeto a los derechos humanos era desconocido. Pensaría que el primer referente se constituye por la sentencia condenatoria de la Corte Interamericana en el *caso Suárez Rosero* (1997) en que por primera ocasión se condena al Estado ecuatoriano por el abuso con la prisión preventiva al desconocerse el derecho a ser juzgado en tiempo prudencial y razonable. Otro caso importante es el recono-

cimiento del Estado ecuatoriano para pagar una indemnización por la muerte de la profesora Consuelo Benavides ocurrida en el año 1985, en manos de un comando de la Armada o fuerza naval ecuatoriana. O el pago de una indemnización por *la desaparición de los hermanos Restrepo* en manos de la Policía Nacional en 1986, que fue calificado como un *crimen de Estado*. Si bien es verdad aquí no se dio una sentencia de la Corte Interamericana, se creó una Comisión Internacional que concluyó en la responsabilidad del Estado ecuatoriano por la muerte de los dos jóvenes. Hay otros casos como la condena de la Corte Interamericana en el *caso del ciudadano Daniel Tibi* (2005), o el *caso del ciudadano Chaparro* o el *caso Vélez Zambrano* a partir de los años 2007, en que se viene condenando al Estado ecuatoriano por la mala actuación de policías y jueces.

La suscripción de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (1969) y la aceptación de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, abrieron el gran espacio para que se vaya consolidando la posibilidad de que el ciudadano que encuentra vulnerados sus derechos humanos recurra a instancias internacionales amparado en los tratados y pactos internacionales de derechos humanos que ha suscrito el Estado ecuatoriano, cuando los mismos no son respetados en nuestro territorio. En el ámbito interno, la Convención Interamericana contra la Tortura fue invocada al resolver la Corte Suprema de Justicia de Ecuador a través de una de sus salas penales, un *recurso de casación* en el denominado caso de los *siete del Putumayo* en que ciudadanos de la Amazonía ecuatoriana fueron condenados en el año 1995 por la muerte de soldados ecuatorianos, habiéndose obtenido la aceptación de responsabilidad mediante la aplicación de tortura física y psicológica en contra de los justiciables.

En la misma línea de la reflexión precedente, la realidad de lo que ocurría hace tres o cuatro décadas en materia de violación de derechos humanos, es hoy diferente. Siempre se podrá hacer mas, pero en todo caso no ha habido un retroceso por parte de las agencias de control que antaño se caracterizaban por prácticas institucionalizadas abusivas, que hoy son menos frecuentes.

El Estado liberal o de Derecho permitió atender a los derechos humanos de primera generación, constituidos por los derechos civiles y políticos mediante un *no hacer* que se traducía en un respetar, por ejemplo, la inviolabilidad del derecho a la vida. Al reconocerse la existencia de los derechos de segunda generación, con toda la doctrina de los derechos económicos, sociales y culturales, esto obligó al Estado *a hacer*, es decir, a brindar prestaciones positivas tales como proveer servicios de salud, asegurar la educación, sostener el patrimonio cultural, o lo que es lo mismo, *derecho a la salud, derecho a la vivienda, derecho a la educación o derecho al trabajo*. Estos nuevos cometidos del Estado, que alcanzan su punto máximo de expansión tras la segunda guerra mundial, son los que dan pie para hablar ya no sólo de un Estado Liberal de Derecho, sino de un Estado Social de Derecho.

A su vez, el Estado Social y Democrático de Derecho, al que se denomina también como Estado Constitucional, sería el marco institucional adecuado para llevar a cabo esta política de derechos fundamentales en general incluyendo los de tercera generación, como el derecho a la paz, el derecho a la calidad de vida, el derecho a la intimidad, a los que agregamos las garantías frente a la manipulación genética, el derecho a morir con dignidad, el derecho al disfrute del patrimonio histórico y cultural de la humanidad o el derecho de los pueblos al desarrollo, incluyendo el derecho de las comunidades indígenas, para mencionar algunos de los más significativos.

No podemos dejar de mencionar que hoy se habla incluso de derechos de cuarta y quinta generación en los que se ubican a los derechos de sectores considerados como de alta vulnerabilidad, en que se encuentran niños y adolescentes, personas de la tercera edad, y hasta quienes reclaman el derecho la diversidad sexual, por cuya consolidación se han constituido movimientos de gay, lesbianas y transexuales.

La regla del agotamiento previo de los recursos internos se basa en el principio de que un Estado demandado debe estar en condiciones de brindar una reparación por sí mismo y dentro del marco de su sistema jurídico interno. El efecto de esa norma es asignar a

la competencia de la Comisión un carácter esencialmente subsidiario. (Marzióni vs. Argentina, Opinión de la Comisión; 15 de octubre 1996).

El carácter de esa función constituye también la base de la denominada “fórmula de la cuarta instancia” aplicada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que es congruente con la práctica del sistema europeo de derechos humanos. La premisa básica de esa fórmula es que la Comisión no puede revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, a menos que considere la posibilidad de que se haya cometido una violación de la Convención.

La Comisión IDH es competente para declarar admisible una petición y fallar sobre su fundamento cuando ésta se refiere a una sentencia judicial nacional que ha sido dictada al margen del debido proceso, o que aparentemente viola cualquier otro derecho garantizado por la Convención. Si, en cambio, se limita a afirmar que el fallo fue equivocado o injusto en sí mismo, la petición debe ser rechazada conforme a la fórmula arriba expuesta. La función de la Comisión consiste en garantizar la observancia de las obligaciones asumidas por los Estados parte de la Convención, pero no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia.

La “fórmula de la cuarta instancia” fue elaborada por la Comisión en el caso de Clifton Wright, ciudadano jamaicano, que adujo un error judicial que dio lugar a una sentencia de muerte en su contra. El sistema nacional no preveía un trámite de impugnación de sentencias determinadas por errores judiciales, lo que dejó al Sr. Wright desprovisto de recursos. En ese caso, la Comisión estableció que no podía actuar como “una cuarta instancia cuasi-judicial” con facultades para revisar las sentencias de los tribunales de los Estados miembros de la OEA. No obstante, la Comisión declaró fundados los hechos aducidos por el peticionario y determinó que

el mismo no pudo haber cometido el crimen. En consecuencia, la Comisión llegó a la conclusión de que el Gobierno de Jamaica había violado el derecho del peticionario a la protección judicial, lo que constituye una violación a sus derechos fundamentales, porque el procedimiento judicial interno no permitía corregir el error judicial.

4.3.- CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. -

Puede decirse que es la competencia o facultad que tienen los Jueces para estudiar y dictaminar si una norma o ley se ajusta a la Constitución, y de no ajustarse procede que se declare su inconstitucionalidad. Ninguna norma o ley contraria a la constitución se puede reputar como válida. Para llegar a la declaratoria de inconstitucionalidad se siguen dos caminos el uno llamado el *control difuso de constitucionalidad* que era el que surgía de la Constitución de 1998 que permitía que todos los jueces cualquiera que fuese su rango o nivel pudiesen declarar la inconstitucionalidad en el caso en estudio, y posteriormente elevar en consulta ese pronunciamiento ante el Tribunal Constitucional, en algunos momentos llamado Tribunal de Garantías Constitucionales que resolvía con efectos *erga omnes* es decir obligatorio para todos los casos venideros.

El otro es el llamado *control concentrado de constitucionalidad*, que hace residir en un juez o tribunal especializado, Sala Constitucional (Costa Rica), Tribunal Constitucional (Perú), Corte Constitucional (Colombia y Ecuador) dicha competencia. Profesores como Ramiro Ávila Santamaría sostienen que el control de constitucionalidad de Ecuador de acuerdo con la Constitución del 2008 es mixto, pues el *control difuso* lo ejercen todos los jueces en los casos que llegan a su conocimiento conforme a los artículos 426 y 427:

Art. 426.- *Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.*

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las

partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

Art. 427.- *Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.*

Puedo afirmar que la mayoría de los profesores y doctrinarios ecuatorianos se pronuncia por la tesis de que en Ecuador y de acuerdo con la Constitución del 2008 en realidad existe un *control concentrado de constitucionalidad* cuyo único y máximo juez es la Corte Constitucional. Esta afirmación surge de la propia Constitución que señala:

Art. 429.- *La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito.*

Agregamos lo que sostiene la misma Constitución del 2008 en una larga disposición normativa:

Art. 436.- *La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:*

- 1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.*
- 2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter*

general emitidos por órganos autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.

3. *Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución.*
4. *Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo.*
5. *Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias.*
6. *Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.*
7. *Dirimir conflictos de competencias o de atribuciones entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución.*
8. *Efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales.*
9. *Conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales.*
10. *Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.*

Para resolver el conflicto de derechos que es el tema central de

esta investigación: el ejercicio del *derecho a la libertad de información, expresión y de opinión* vs. el *derecho a que se respete la honra y dignidad de las personas*, así como el *derecho a la intimidad*, cualquiera que fuese su cargo o jerarquía, puede ser válida la aplicación del llamado *control difuso* o del *control concentrado*, pues de lo que se trata es de que el juez aplique correctamente el control de constitucionalidad dando la preeminencia a un derecho o al otro en el caso concreto que debe resolver.

Luis Prieto Sanchís (*Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, p. 101- 102) nos ilustra al manifestar que, con la expresión, neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo, o a veces simplemente constitucionalismo, se alude a una presunta nueva cultura jurídica, y que se pueden identificar cuatro acepciones principales.

En primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designando por tanto el modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del derecho más concretamente aquella teoría apta para describir o explicar las características de dicho modelo. Así mismo por constitucionalismo cabe entender la ideología o filosofía política que justifica o defiende la fórmula así designada. Finalmente el constitucionalismo se proyecta en ocasiones sobre un amplio capítulo que en sentido lato podríamos llamar de filosofía jurídica y que afecta a cuestiones conceptuales y metodológicas sobre la definición del derecho, el estatus de su conocimiento o la función del jurista; esto es, cuestiones tales como la conexión, necesaria o contingente del Derecho y de la moral, la obligación de obediencia, la neutralidad del jurista o la perspectiva adecuada para emprender una ciencia jurídica.

Resumiendo en alguna medida lo antes expresado, debemos manifestar que hay que recordar que se afirma que hay dos modelos y dos ramas del derecho constitucional: la norteamericana – la que vale aclarar, creó una Constitución sin contenidos normativos- y la europea: con un denso contenido normativo pero sin dotarle garantías. A partir de allí podríamos afirmar que el neoconstitucionalismo armoniza tales modelos y deriva como consecuencia de ello un

sistema de constituciones normativas garantizadas en última instancia por el control de constitucionalidad, descansando, en forma exclusiva, en el Poder Judicial la última palabra en la definición de aquéllas cuestiones controvertidas que se susciten dentro del referido modelo.

Habría que admitir que el control de constitucionalidad en ocasiones está residenciado en el *poder judicial* propiamente dicho, por ejemplo, a través de los jueces que ejercen un control difuso de constitucionalidad. En otros momentos nos encontramos con salas especializadas en materia constitucional como es el caso de Costa Rica, o Tribunales Constitucionales como acontece en España o Alemania o Perú, o existe una Corte Constitucional como en el caso de Colombia y el más reciente de Ecuador, lo cual nos advierte de que no sólo estamos ante un control concentrado de constitucionalidad, sino que además debemos reconocer la existencia de un verdadero *poder judicial constitucional*.

Hemos afirmado en otro de nuestros trabajos en materia constitucional (Zambrano Pasquel A. *Marbury vs. Madison y el control de constitucionalidad*. En [http:// www.alfonsozambrano.com](http://www.alfonsozambrano.com)):

El control de constitucionalidad nace con la sentencia *Marbury vs. Madison* redactada por el juez John Marshall, que había sido secretario de Estado. A partir de la sentencia *Marbury vs Madison* se estableció que los tribunales, cuando interpretan las leyes para aplicarlas a un caso concreto, pueden declarar inaplicable al caso concreto una ley, si ésta es inconstitucional. A partir de allí, se estableció lo que se llama el sistema de control de constitucionalidad difuso.

ión toma trascendencia sólo con el fallo del juez John Marshall, el 24 de febrero de 1803, donde quedaron sentadas las bases fundamentales: a) la Constitución es una ley superior; b) por consiguiente, un acto legislativo contrario a la Constitución no es una ley; c) es siempre deber del tribunal decidir entre dos leyes en conflicto; d) si un acto legislativo está en conflicto con la ley superior, la Constitución, claramente es deber del tribunal rehusarse a aplicar el acto

legislativo; e) si el tribunal no rehúsa aplicar dicha legislación, es destruido el fundamento de todas las constituciones escritas.

El modelo de control difuso o norteamericano tiene su precedente en Inglaterra donde el juez del Tribunal supremo sir Edward Coke en 1610 dicta una sentencia en el caso “Doctor Bomhams’s Case”, resolviendo que toda ley del Parlamento que vaya en contra del derecho común o de los principios generales del derecho puede ser declarada nula. Este fue un caso aislado que no se volvió a dar. Pero en la elaboración de la Constitución de los EEUU de 1787 se propuso controlar la constitucionalización de las leyes por los jueces ordinarios, aunque estas propuestas no se recogen normativamente y en forma expresa en la Constitución, se aplican como consecuencia de la sentencia *Marbury vs Madison*, preparada por el juez John Marshall. Se afirma que la ley judicial de 1789 en contraria a la Constitución, y se debe inaplicar esa ley contraria. Para llegar a esta conclusión se parte de dos hipótesis:

- 1) La Constitución es una Norma Superior a cualquier otra ley y todas aquellas leyes que vayan en su contra, deben ser inaplicables.
- 2) El control de Constitucionalidad de las leyes corresponde a los jueces porque son ellos a quienes corresponde aplicar las leyes.

Se consagra en definitiva la supremacía de la Constitución, se reconoce la necesidad del control de constitucionalidad, y se reconoce que la máxima instancia del control de constitucionalidad son los jueces.

La construcción de un Estado tal viene apuntada por el desplazamiento de la primacía de la ley a la primacía de la constitución, por el desplazamiento de la reserva de ley a la reserva de constitución y por el desplazamiento del control jurisdiccional de la ley al control jurisdiccional de la constitución. El Estado Constitucional mantiene la primacía de la constitución sobre la ley, la reserva de constitución sobre la de ley y la del control jurisdiccional de la constitución sobre

el de la ley. En último término, constituiría el marco normativo y político dentro del que tendrían su reconocimiento y sus garantías los Derechos Humanos de la Tercera Generación y más. Por otra parte, la preeminencia de la constitución podría preparar el camino para un constitucionalismo internacional que acogiera bajo sí las diferentes generaciones de derechos mencionadas, como se perfila ya en Europa. La Constitución de Ecuador del 2008 con sus 444 artículos es una de las más innovadoras.

4.4.- BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD. - ANTECEDENTES DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Dicho concepto, como lo indica el Profesor Hernán Alejandro Olano García, (*El bloque de constitucionalidad en Colombia*. En Estudios Constitucionales, año/vol. 3, número 001. Centro de Estudios Constitucionales, Santiago de Chile. P. 232) fue utilizado por primera vez en Francia. Es de general aceptación reconocer que la expresión, *bloque de constitucionalidad* fue acuñada a mediados de los setentas cuando Louis Favoreu la utilizó en un trabajo dedicado a explicar la Decisión D-44, de 16 de julio de 1971, emitida por el Consejo Constitucional francés; ahí explicaba una Decisión innovadora del Consejo Constitucional, mediante la cual declaró la inconstitucionalidad de una ley que modificaba, a su vez, una disposición legislativa de 1901, la cual limitaba el régimen de las asociaciones. El Consejo Constitucional francés, para declarar su invalidez consideró que la ley cuestionada debía ser analizada no sólo a la luz de la Constitución francesa de 1958, sino también considerando la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

El Consejo Constitucional sostuvo que, si bien la Declaración de 1789 constituía un documento distinto a la Constitución de 1958, en el preámbulo de ésta se aludía a dicha Declaración. Así, al lado de la Constitución de 1958 el Congreso consideraba la Declaración de 1789 al momento de realizar el control previo de constitucionalidad y por esta razón, a esa nueva estructura del parámetro del control constitucional se le denominó *bloque de constitucionalidad*.

Como lo menciona Edgar Carpio Marcos (*Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes*. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, vol. 4, julio-diciembre 2005, México: Ed. Porrúa, p.81) citando el artículo del francés Louis Favoreu, el *bloc de constitutionnalité* es tributario de una idea análoga existente en el proceso contencioso-administrativo francés; es decir, se trata de la adaptación del concepto “bloque de legalidad” —acuñado por Maurice Hauriou a principios del siglo XX— con el cual el Consejo de Estado francés realiza el control de legalidad de los actos administrativos. Mediante el bloque de legalidad en el Derecho Administrativo francés, se describía al conjunto de normas que limitan la actuación de los órganos de la administración pública y se designaban las normas que cumplían una función procesal de servir como parámetro de control al Consejo de Estado en la evaluación de validez de los actos administrativos.

Mónica Arango Olaya (*El bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*. [http:// www.icesi.edu.co/contenido](http://www.icesi.edu.co/contenido)) reseña que el bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.

Acerca de la evolución que ha tenido el bloque de constitucionalidad en Colombia señalamos las sentencias T-409 de 1992 M.P's: Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y C- 574-92 MP: Ciro Angarita Barón, en que se establecen como los convenios sobre derecho internacional humanitario tienen carácter prevalente sobre la legislación nacional. Con base en la anterior jurisprudencia la Corte Constitucional interpretó en el inciso segundo del Artículo 93 de la Carta magna, la disposición de prevalencia de los tratados o convenios internacionales en el orden jurídico interno, siempre y cuando estas normas hayan sido integradas en la normatividad colombiana a través de la ratificación del Estado, previo análisis de constitucionalidad.

Está claro que dicha norma es de carácter supranacional en la cual se consagra la preeminencia, superioridad o supremacía de los tratados y convenios internacionales en el orden jurídico colombiano. Y en donde se hace necesario que tales acuerdos sean ratificados por el país. Lo mismo ocurre en el Ecuador desde la Constitución de 1998 y con la del 2008.

Esta lectura de la Corte Constitucional del inciso primero del Artículo 93 de la constitución, trajo consigo dos supuestos para que se diera la integración de las normas en el bloque, como son: El reconocimiento de un derecho humano; y que se trate de un derecho cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción. Por otra parte, según lo señalado en la Constitución Política de Colombia en su Artículo 214: La conceptualización de la Corte del bloque de constitucionalidad implicaba que las reglas del Derecho Internacional Humanitario y las disposiciones de la ley estatutaria sobre los estados de excepción integraban, junto con las normas de la Constitución del Capítulo 6 del Título VII, un bloque de constitucionalidad al cual debía sujetarse el Gobierno cuando declaraba un estado de excepción.

En un segundo bloque de constitucionalidad en Colombia, están contenidos otras normas que sirven como parámetro para efectuar el control de constitucionalidad, es decir, la Constitución, los tratados internacionales de que trata el Artículo 93 de la Carta, las leyes orgánicas y en algunas ocasiones las leyes estatutarias.

En la sentencia C-191-98 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz se estableció que los tratados limítrofes también hacen parte del bloque de constitucionalidad en virtud del Artículo 101 de la Carta magna. Se afirma así que *el bloque de constitucionalidad se constituye por aquellas disposiciones que, pese a no tener, todas ellas, rango constitucional, sirven de parámetro del control de constitucionalidad.*

Otro tipo de derechos fueron también incluidos dentro del bloque de constitucionalidad, tales como: el derecho a la especial protección de la mujer embarazada en concordancia con las disposiciones de derecho internacional de los derechos humanos. También se

mencionan dentro del bloque de constitucionalidad el alcance del Artículo 3º del Convenio 3 de la O.I.T., al Artículo 10º del referido Pacto y al Artículo 11º del Convenio de la ONU sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en armonía con la “protección especial a la mujer, a la maternidad” señalada en el Artículo 53 de la constitución.

En la sentencia T-568-99 MP: Carlos Gaviria Díaz, se integró al bloque de constitucionalidad los Convenios 87 y 88 de la OIT que protegen la libertad sindical, por ser este uno de aquellos derechos no susceptible de limitación durante los estados de excepción.

El bloque de constitucionalidad es un término que comenzó a utilizar la Corte Constitucional colombiana sólo a partir de 1995 pero que como concepto se venía aplicando desde años anteriores utilizando los valores y principios en el texto constitucional para asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material de este. De esta manera, a partir del año 1995 la jurisprudencia colombiana cumple la función de asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material de la Constitución.

Aquí se refleja la voluntad constituyente de hacer obligatorio el respeto de principios que están en la normativa internacional (instrumentos internacionales), y que implícitamente están en la Constitución. Al ser considerados por la Corte Constitucional en sus diferentes fallos, ha ido moldeando su jurisprudencia para legitimar el valor de ciertas normas y principios supranacionales que se encuentran incorporados en la Carta y que por lo tanto son parámetros del control de constitucionalidad así como parámetros vinculantes de interpretación de los derechos y deberes protegidos por la norma suprema. Este concepto surge en la América hispanoparlante en el derecho constitucional y en la jurisprudencia colombiana a efectos de aplicar correctamente la *norma de las normas* (la Constitución) acudiendo a todo el plexo normativo que permita consolidar la supremacía constitucional dirigida a los derechos y garantías.

Por la adhesión del Estado ecuatoriano a los tratados y convenios internacionales esto obliga a crear una legislación interna que

garde coherencia con esos instrumentos internacionales que son ratificados por nuestro país. Esta densa normativa internacional de acuerdo con la Constitución del 2008 de Ecuador forma parte de la normativa interna en nuestro país, e incluso en caso de un conflicto o colisión entre lo que dice una normativa internacional y la normativa internacional en materia de derechos humanos que fuese prevalente o superior en materia de esos derechos, *debe aplicarse* la normativa que fuese más favorable a esos derechos, y esto forma parte del llamado *bloque de constitucionalidad*. Igual debería aplicarse con criterio prevalente lo que se diga en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a través de sus resoluciones pues su jurisprudencia tiene carácter vinculante y debe aplicarse con efecto *erga omnes*, lo cual nos va a servir en el momento en que resolvamos el conflicto de derechos materia de esta investigación pues hay una jurisprudencia importante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a lo que habría que considerar la Declaración de Principios de la Comisión de Derechos Humanos en materia de Libertad de Expresión, sin menospreciar algunas sentencias de la Corte Constitucional de Ecuador al resolver otra colisión de derechos y principios.

Nuestra Constitución (2008) dice:

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

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

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

Como hemos expresado en líneas precedentes los artículos 11, 75, 76, 77, 172, 417, 424, 425, 426 y 427, constituyen un sólido *bloque de constitucionalidad*.

La autora colombiana Mónica Arango Olaya, asegura que los derechos que se consideran intangibles, inclusive en estados de excepción, son:

El derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos del niño, a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles; el derecho al Habeas Corpus y el derecho de los colombianos por nacimiento a no ser extraditados. Tampoco pueden ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha previsto el respeto a los derechos fundamentales en los Estados de Excepción en sendas opiniones consultivas como la 08 y la 09.

4.5. LA PONDERACION COMO UN PRINCIPIO. -

Como hemos señalado en otros momentos el *neoconstitucionalismo* o *constitucionalismo moderno* como teoría del derecho describe o explica los elementos que caracterizan al modelo, de los que destacamos:

Más principios que reglas: Corresponde señalar que tanto los principios como las reglas son normas porque señalan lo que debe ser. Pero los principios son normas abiertas que presentan un condicionante fáctico- mandatos de optimización- fragmentado o indeterminado y que necesariamente serán cerrados por la justicia constitucional mediante los procesos de interpretación y ponderación. Los derechos fundamentales presentan, en general, la estructura de los principios, y posibilita que los procesos de determinación o delimitación de sus contenidos contemplen –en sentido plural- la mayor cantidad de opciones, visiones o planes de vida de los integrantes de una sociedad. En cambio, las reglas, son normas que pueden ser cumplidas o no y que contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posibles.

Más ponderación que subsunción; En un estado de derecho, todos los derechos fundamentales poseen a priori y en abstracto la misma jerarquía, caso contrario no habría que ponderar ya que se impondría el derecho de mayor importancia. Ponderar es buscar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones justificadoras conflictivas del mismo valor.

Creemos que es válido utilizar y aplicar el principio de la ponderación de los bienes jurídicos, de manera que estará por una parte el interés por buscar y encontrar la verdad, y por otras garantías como el principio de presunción de inocencia, y el de la lealtad y buena fe procesal, en constituciones como la nuestra se reconoce la preeminencia del principio pro homine o a favor del ciudadano y no del propio Estado como se consigna en el Art. 417 de la Constitución del 2008 de Montecristi. (Zambrano Pasquel A. 2011. *Del Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo. El Sistema Interamericano de DD. HH a través de sus sentencias*. Lima: Edilexsa. p. 50 y ss.)

Este nuevo enfoque significa un cambio del paradigma, un salto cualitativo de un sistema constitucional que requiere para el respeto de sus derechos fundamentales la existencia de *principios* antes que de normas de derecho positivo, que no pueden ser invocadas para inaplicar (no aplicar) los *principios*, pues como viene reconociendo la Corte Constitucional de Ecuador se debe acudir a principios

como los de *ponderación* y de *proporcionalidad*, para decidirse frente a un conflicto entre principios como los de *celeridad* vs. *Inviolabilidad del derecho de defensa*. Recordemos que el Art. 11 de la Constitución vigente establece en su numeral 3, la aplicación directa e inmediata por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte, de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Expresamente se señala que para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley, que los derechos serán plenamente justiciables, y que no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento (sic).

En lo que dice relación con los derechos constitucionales que se deben aplicar por sobre el argumento de que falta ley (para no aplicarlos), estos son los derechos de protección como los de tutela judicial, principio de presunción de inocencia, derecho de defensa, etc., que son estimados como autosuficientes. Todos los derechos constitucionales son fundamentales y están cobijados o protegidos por *el principio de su eficacia directa* que se traduce en la inmediata aplicación sin que fuese necesario que haya un desarrollo programático por parte del legislador, porque se trata de un *derecho fundamental o constitucional*. Esa es la importancia de la Constitución como la *norma de las normas* para cuya directa e inmediata aplicación basta su valor dogmático.

Pudiera darse el caso en que se requiera del dictado de una ley, para hacer operativo el reclamo, por ejemplo, por la vulneración de un principio constitucional. Una primera consecuencia de que los derechos sean directamente aplicables es que, siendo anteriores o preexistentes a la ley, no pueden ser restringidos por el legislador hasta el extremo de desvirtuar su contenido, pues si esto se pretendiere, las leyes que se expidan con tal finalidad resultan ser inconstitucionales conforme el Art. 11. n. 4 de la Const. Pol. Esto viene a

ratificar el aserto de que los derechos son anteriores a la actividad del legislador que pretende cohonestar o limitar su efectiva y directa aplicación.

La aplicación de la Constitución a diferencia de lo que ocurre con la Ley, no se realiza por el método de la subsunción sino por la aplicación directa e inmediata de los *principios*. Vale decir que los *principios* tienen la característica de su operatividad inmediata que los hace más eficaces incluso que las *reglas*, porque estas requieren de un *supuesto* y como consecuencia de ello de un *precepto de conducta*. Por ejemplo, cuando se trata de interrogar a un ciudadano con fines de investigación, en que hay este *supuesto*, del que surge el *precepto de conducta*, que es proveerlo de un abogado defensor, porque ésta es una garantía inviolable, y en ningún caso puede quedar en indefensión.

Los *principios* son en verdad las normas que reconocen los *derechos* de rango constitucional. Así de acuerdo con la Constitución de Ecuador del 2008, es un *principio* de inmediata y directa aplicación el de la *legalidad del debido proceso* (Art. 76 n. 3), el de *presunción de inocencia* (Art. 76 n. 2), el de *garantía del cumplimiento de los derechos de las partes*, a que está obligado cualquier autoridad administrativa o judicial (Art. 76 n. 1). El *principio de la tutela judicial efectiva* es de aplicación directa e inmediata por expreso mandato del Art. 75 de la Constitución vigente.

REGLAS Y PRINCIPIOS

Las reglas se constituyen por un presupuesto de hecho y por una consecuencia jurídica. Si se da el supuesto de hecho se va a producir necesariamente la consecuencia jurídica. Los principios, no tienen condiciones de aplicación. Todo el derecho está plagado de reglas. El derecho a la vida no está sujeto a condición alguna y por ello en verdad es un principio. Los principios carecen de supuestos de hecho, de antecedentes.

En las *reglas* nos encontramos con antinomias y se aplican criterios como los de garantía, especialidad y temporalidad. Las reglas

tienen un supuesto de hecho y se produce la consecuencia. Si hay contradicciones una se aplica y la otra se expulsa del ordenamiento jurídico. Si las reglas chocan no pueden coexistir en el sistema.

Los *principios* no tienen condiciones de aplicación (Ronald Workin es quien le da peso a los principios y de allí surge la *teoría de los pesos*). En un caso concreto se puede producir una colisión de principios y unos van a prevalecer sobre otros. Es conocida la colisión entre la libertad de expresión y el derecho a la honra o el derecho a la intimidad, y allí se va a balancear cual pesa más. En la colisión un principio desaparece y no se aplica en ese caso. Surge lo que se llama la *derrotabilidad* del principio, que en otros casos puede ser *inderrotable*. (Los casos contra la revista satírica *Titanic* resueltos en Alemania en 1958).

En las reglas se aplica la *subsunción*, de manera que si se presenta un caso concreto (supuesto de hecho) que encaja en la regla se la aplica porque se subsume, hay una suerte de silogismo judicial. Cuando se trata de los principios, como estos no tienen condiciones de aplicación, si colisionan se resuelve el problema mediante la *ponderación*. La argumentación jurídica tiene varios modelos, y uno de ellos es la subsunción porque las reglas tienen esa estructura, de condiciones y consecuencias. Como los principios no tienen condiciones de aplicación, no tienen supuestos de hecho, no hay subsunción posible.

La *ponderación* debe ser apreciada dentro del *principio de proporcionalidad*, en que se da inicialmente un *test de idoneidad*, luego un *test de necesidad*, y superado éste se aplica el *juicio de proporcionalidad* en sentido estricto que es en verdad la *ponderación*. La doctrina alemana ha desarrollado muy bien el *principio de proporcionalidad*. Cuando se dicta la ley se impone la constitucionalidad del ente en juego (el Congreso o la Asamblea). En el *test de idoneidad* el juez se pregunta si esa ley (la que se cuestiona) es apta a efectos de realizar un determinado principio constitucional o no. Por ejemplo, si el Congreso dijera que para eliminar todas las formas de violencia hay que prohibir las corridas de toros. Lo primero que nos vamos a preguntar es si tal prohibición es apta (idónea) en verdad para

eliminar la violencia, es decir si esa ley será adecuada para cumplir los fines que persigue el legislador.

En otro caso el *principio de necesidad* apunta a que hay un fin legítimo del Estado que es tratar de evitar el consumo de tabaco y para cumplir este objetivo se prohíbe la siembra, la producción, la elaboración y la comercialización del tabaco. Pero si fuese necesaria, también habrá que *examinar si no hay medidas alternativas para cumplir el mismo objetivo*, como por ejemplo una campaña de información en los medios de comunicación, e incluso estampar en la envoltura del producto los efectos dañinos de su ingesta. Si se pasan estos dos filtros nos queda la aplicación del *principio de proporcionalidad* en sentido estricto que es en verdad el *test de ponderación o principio de ponderación*. Allí entrarán en colisión el derecho de libre empresa y de comercialización vs. el derecho a la salud, mirados como principios constitucionales y cuyo choque o colisión se resolverá en última instancia con la *ponderación*.

El catedrático de Alicante, Prof. Manuel Atienza Rodríguez destaca que en esta suerte de nueva concepción del derecho es importante la *argumentación jurídica*, apreciando un aumento cuantitativo y cualitativo de los procesos de argumentación jurídica:

Para mostrarlo, me referiré únicamente a dos de esas notas: la importancia de los principios y la creencia de que existen ciertos criterios objetivos que guían la práctica del discurso jurídico justificativo.

Como es bien sabido, la distinción entre reglas y principios es una cuestión sumamente controvertida, en la que no cabe entrar aquí. Me parece, sin embargo, que existe un consenso amplio en cuanto a la mayor dificultad -dificultad argumentativa- que supone el manejo de principios. Visto desde la perspectiva de la justificación de las decisiones judiciales (y los principios no operan únicamente en esta instancia del Derecho), cabría decir que la justificación supone varios niveles. El primero es el nivel de las reglas. La aplicación de las reglas para resolver casos (casos fáciles) no requiere deliberación en el sentido estricto de la expresión, pero ello no supone tampoco

que se trate de una operación meramente mecánica. En todo caso, el nivel de las reglas no es siempre suficiente.

Con una frecuencia que puede cambiar de acuerdo con muchos factores, los jueces tienen que enfrentarse con casos para los que el sistema jurídico de referencia no provee reglas, o provee reglas contradictorias, o reglas que no pueden considerarse justificadas de acuerdo con los principios y valores del sistema. Naturalmente, esto no quiere decir que en tales supuestos el juez pueda prescindir de las reglas, sino que tiene que llevar a cabo un proceso de deliberación práctica (de ponderación) para transformar ciertos principios en reglas. Ello supone realizar operaciones como las siguientes: la construcción de una tipología de clases de casos a partir de un análisis de las semejanzas y de las diferencias consideradas relevantes; (en algunas ocasiones) la formulación de un principio a partir del material normativo establecido autoritativamente (la explicitación de un principio implícito); la priorización de un principio sobre otro, dadas determinadas circunstancias (el paso de los principios a las reglas).

La argumentación jurídica en estos casos no puede reducirse, obviamente, a su esquematización en términos deductivos; el centro radica más bien en la confrontación entre razones de diversos tipos: perentorias o no perentorias, autoritativas o substantivas, finalistas o de corrección, institucionales o no... (*Argumentación jurídica y estado constitucional*, jan./abr. 2004. Publicado en *Novos Estudos Jurídicos* - v. 9 - n. 1 - p.09-22)

Como dato histórico, por nuestra parte señalamos, que los primeros casos de la aplicación del principio de ponderación se dan en Alemania en el año 1958 en que el Tribunal Constitucional Federal Alemán debió ponderar en casos en que entraban en colisión el derecho a la comercialización del tabaco vs. el riesgo para la salud, o la libertad de información vs. el derecho a la honra, el respeto a la dignidad y al buen nombre.

Hay que evitar las prácticas equivocadas a pretexto de aplicar la Constitución y sus principios. Este sería el caso de quien pretende

divorciarse (como ocurrió en Quito), en que la parte afectada invocó los principios constitucionales que determinan las finalidades de la unión matrimonial, expresando que como una de las partes (la pareja), no cumplía con los principios constitucionales, se le debía conceder el divorcio invocando la aplicación de esos principios constitucionales incumplidos, sin acudir a las causales de divorcio previstas en la normativa civil. En este caso hay normas y hay reglas que deben cumplirse, por lo que se debe subsumir el caso en lo que dice la regla, sin que proceda acudir a los principios. Se nos ocurre que se podrían mencionar los principios en la fase de la argumentación, pero no pueden servir como causas de invocación para demandar el divorcio. El Prof. Argentino don Néstor Pedro Sagüéz hace un importante aporte sobre lo que denomina *la manipulación constitucional* (en [http:// www.alfonsozambrano.com](http://www.alfonsozambrano.com)).

Hay que pensar en un caso concreto si hay medios alternativos para resolver el conflicto cuando se produce un conflicto entre principios. A veces podría funcionar el principio de autoridad que es la que va a resolver de un modo o de otro. Habría que resolver que derecho prevalece en el caso en cuestión tanto más si ambos aparecen como de la misma jerarquía. En el caso del ciego que quiere que lo atiendan en un restaurant en que está prohibido el ingreso de animales y pretende ingresar con su perro, el derecho del ciego tiene un peso abstracto y el derecho de otro comensal que puede ser alérgico a los animales, tiene otro peso abstracto. Aquí el *test de ponderación* será fundamental para encontrar la respuesta justa.

No hay derechos prioritarios frente a otros derechos para todos los casos, pues hay derechos con peso abstracto distinto. Guastini habla de jerarquías móviles de manera que en un caso el *principio x* estará por encima del *principio y*. Se puede producir la situación de que en un caso concreto un derecho en principio absoluto (como el derecho a la vida) puede ser derrotado por otro derecho (como el ejercicio del derecho a la legítima defensa): en un caso concreto habría que examinar si se cumplen los presupuestos que le dan nacimiento por ejemplo al derecho a la legítima defensa, que tiene como uno de sus componentes la proporcionalidad del medio que se utiliza para repeler una agresión ilegítima actual. En ese caso la

ratio decidendi es fundamental. En suma, la *ponderación* es posible en toda colisión de principios.

Se busca romper el formalismo y el decisionismo. En el *formalismo*, la ley aplasta el espíritu de la ley y se aceptan solamente las reglas desconociendo la existencia de los principios. No se acepta la dimensión axiológica o valorativa del derecho. La ética queda de lado frente a la cultura formalista del derecho, por eso se propone que el formalismo sea combatido, pues lo que diga la ley puede ser irracional, la llamada *huelga del cielo* puede llegar a producir el colapso. Cumplir la ley a la letra puede producir un desastre pues no todo funciona bien a partir de un excesivo ritualismo formalista, porque fácilmente del formalismo se llega a la arbitrariedad. El rigor formalista llega a debates sin importancia. Hay que pensar en derechos desde una visión no formalista.

Cuando pensamos en los *principios* nos dirigimos al espíritu de las leyes, que en definitiva significa la razón de las normas. El constitucionalismo bien entendido nos debe conducir a una práctica jurídica más racional. Para que haya una práctica jurídica más racional (que es un valor del constitucionalismo) se propone una mejor formación de los operadores en el manejo de una adecuada argumentación jurídica de la que forma parte incluso la hermenéutica jurídica. En verdad no hay formación en los operadores (jueces, fiscales, defensores y abogados litigantes) en *argumentación jurídica*. La característica presente es que ha habido una mala recepción de lo que es el constitucionalismo.

Debe alimentarse una argumentación a partir de los principios, pero sin olvidarse de las reglas. Hay que tener cuidado para evitar un abuso de los principios. Se dice que sin reglas no hay derechos y que detrás de las reglas están los principios constitucionales. Cuando nos enfrentamos a los riesgos del constitucionalismo hay que tener presente que detrás de las reglas vamos a encontrar siempre un principio constitucional y que hay que tener razones muy fuertes para derrotarlo. Por ejemplo, si se trata del *principio del in dubio pro reo*, su correcto entendimiento y aplicación demanda una gran carga argumental. En derecho penal los principios son bienes jurídicos

protegidos. Si los principios entran en conflicto hay que ponderar. Si las reglas no tienen principios son inaplicables.

Hay que crear pautas de racionalidad para apreciar las normas, y es evidente que se tiene una gran carencia del conocimiento y manejo de la *teoría de la argumentación*. La *ponderación* es un *juicio axiológico* (o de valores) que en determinadas situaciones nos impone resolver de una u otra manera. Hemos expresado que se requiere de una *teoría de la justicia* que no es inconmovible pues alguna vez la aceptábamos como *dar a cada quien lo suyo* que es igual a *dar a cada quien lo que le corresponde*, y hoy estamos pensando que un mejor concepto de la justicia es, *dar a cada quien de acuerdo con sus necesidades*. (Zambrano Pasquel A., (2011). *Del Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo. El Sistema Interamericano de DD. HH a través de sus sentencias*. Lima: Edilexsa. p. 69 y ss.).

4.6.- EL CASO KIMEL VS. ARGENTINA Y LA APLICACIÓN DE LA PONDERACION. -

Hay que admitir que, en las últimas décadas, los llamados *juicios de proporcionalidad* (comúnmente conocido como *juicios de ponderación*), han protagonizado múltiples debates en las salas de justicia y facultades de derecho. Sin embargo, es verdad que, desde hace pocos años, el llamado *juicio de proporcionalidad* y de *ponderación* ha sido desarrollado a plenitud dentro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La ponderación es una de las actividades más delicadas en el proceso de razonamiento y argumentación de la justificación de las decisiones judiciales frente a conflictos entre normas fundamentales (o bien principios); la solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio.

El caso *Kimel vs. Argentina* fue resuelto mediante sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 2 de mayo del 2008. Se afirma que el caso *Kimel vs. Argentina* (<http://www.corteidh>

[or.cr](#)) es la primera sentencia en que la Corte Interamericana realiza un juicio de proporcionalidad en torno a la colisión entre el derecho a la libertad de pensamiento y expresión y la protección de la honra y dignidad, ambos consagrados en la Convención Americana en los artículos 13 y 11 respectivamente.

El 19 de abril de 2007, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte Interamericana una demanda en contra de la República Argentina, para que la Corte determine si el Estado ha incumplido sus obligaciones internacionales, al condenar penalmente al señor Gabriel Kimel por la comisión del delito de calumnia; la Comisión solicitó que la Corte establezca la violación de los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 13 (Libertad de Expresión) de la Convención Americana, en relación con la obligación general de respeto y garantía de los derechos humanos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecidos en los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Argentina reconoció su responsabilidad parcial respecto de la violación a la libertad de expresión y garantías judiciales consagrados en los artículos 13 y 8 de la Convención Americana respectivamente.

Eduardo Gabriel Kimel era un conocido periodista, escritor e investigador histórico argentino, quien había publicado varios libros relacionados con la historia política argentina, entre ellos “La masacre de San Patricio”, que analiza el asesinato de cinco religiosos pertenecientes a la *orden palotina*, ocurrido en Argentina el 4 de julio de 1976, durante la última dictadura militar y donde se criticó la actuación de las autoridades encargadas de la investigación de los homicidios, entre ellas un funcionario judicial. El Juez mencionado por el señor Kimel, promovió una querrela criminal en su contra por el delito de calumnia, luego de concluido el proceso penal, el señor Kimel fue condenado por la Sala IV de la Cámara de Apelaciones a un año de prisión y multa de veinte mil pesos por el delito de calumnia.

En torno a estos hechos subyace un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión en temas de interés público y la protección de la honra de los funcionarios públicos, la prevalencia de alguno en

determinado caso dependerá de la *ponderación* que haga la Corte *a través de un juicio de proporcionalidad*. Es necesario precisar que para poder realizar un juicio de proporcionalidad se parte de la premisa de la inexistencia de los derechos absolutos, ya que al finalizar el juicio se determinara la restricción de un derecho frente al goce de otro para el caso concreto.

Para la resolución del presente caso (*Kimel vs. Argentina*), la Corte establece la necesidad de resolver conforme a un criterio de estricta proporcionalidad, buscando proteger los derechos a la honra y a la reputación, así como otros derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, de acuerdo a los mismos límites fijados por la propia Convención.

La Corte realizó el juicio de ponderación aplicando el principio de proporcionalidad, para determinar si el Estado era responsable internacionalmente conforme a los siguientes criterios: 1) verificando si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; 2) estudiando si la protección de la reputación de los jueces sirve a una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinando, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; 3) evaluando la necesidad de tal medida, y 4) analizando la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho de éste a manifestar su opinión.

4.6.1. Estricta formulación de la norma que consagra la limitación o restricción (legalidad penal).-

La Comisión IDH alegó que “se utilizaron los delitos contra el honor con el claro propósito de limitar la crítica a un funcionario público”. En este sentido, sostuvo que “la, amplitud y apertura que permite [...] que las conductas anteriormente consideradas como desacato sean sancionadas indebidamente a través de estos tipos penales”.

Además, la Comisión opinó que la “mera existencia [de los tipos penales aplicados al señor Kimel] disuade a las personas de emitir opiniones críticas respecto de la actuación de las autoridades, dada la amenaza de sanciones penales y pecuniarias”. Al respecto, indicó que la descripción de las conductas de [calumnia e injurias] tiene [...] tal ambigüedad “[s]i el Estado decide conservar la normativa que sanciona las calumnias e injurias, deberá precisarla de forma tal que no se afecte la libre expresión de inconformidades y protestas sobre la actuación de los órganos públicos y sus integrantes”.

Los representantes indicaron que la figura de injurias “se refiere a una conducta absolutamente indeterminada”, toda vez que “la expresión ‘deshonrar’ como la de ‘desacreditar’ a otro, no describe conducta alguna”. Por ello, consideraron que “no existe un parámetro objetivo para que la persona pueda medir y predecir la posible ilicitud de sus expresiones sino, en todo caso, se remite a un juicio de valor subjetivo del juzgador”. Agregaron que la figura de calumnia “resulta también excesivamente vaga”. Concluyeron que la “vaguedad de ambas figuras ha resultado manifiesta”, dado que el señor Kimel “fue condenado en primera instancia por injurias, y luego por calumnias”.

La Corte IDH aseguró su competencia –a la luz de la Convención Americana y con base en el principio *iura novit curia*, el cual se encuentra sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional– para estudiar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido alegadas en los escritos presentados ante ella, en la inteligencia de que las partes hayan tenido la oportunidad de expresar sus respectivas posiciones en relación con los hechos que las sustentan.

En el presente caso ni la Comisión ni los representantes alegaron la violación del artículo 9 de la Convención Americana que consagra el principio de legalidad. Sin embargo, el Tribunal estima que los hechos de este caso, aceptados por el Estado y sobre los cuales las partes han tenido amplia posibilidad de hacer referencia, muestran una afectación a este principio en los términos que se exponen a continuación.

La Corte ha señalado que “es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información”. En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano. Al respecto, este Tribunal ha señalado que:

La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana.

La Corte resalta que en el presente caso el Estado indicó que “la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana” (*supra* párr. 18).

En razón de lo anterior y teniendo en cuenta las manifestaciones formuladas por el Estado acerca de la deficiente regulación penal de esta materia, la Corte considera que la tipificación penal correspondiente contraviene los artículos 9 y 13.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.

4.6.2. IDONEIDAD Y FINALIDAD DE LA RESTRICCIÓN. -

En este paso del análisis, lo primero que se debe indagar es si la restricción constituye un medio idóneo o adecuado para contribuir a la obtención de una finalidad compatible con la Convención.

Los jueces, al igual que cualquier otra persona, están amparados por la protección que les brinda el artículo 11 convencional que consagra el derecho a la honra. Por otra parte, el artículo 13.2.a) de la Convención establece que la “reputación de los demás” puede ser motivo para fijar responsabilidades ulteriores en el ejercicio de la libertad de expresión. En consecuencia, la protección de la honra y reputación de toda persona es un fin legítimo acorde con la Convención. Asimismo, el instrumento penal es idóneo porque sirve el fin de salvaguardar, a través de la conminación de pena, el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo. Sin embargo, la Corte advierte que esto no significa que, en la especie que se analiza, la vía penal sea necesaria y proporcional.

4.6.3. NECESIDAD DE LA MEDIDA UTILIZADA. -

La Comisión considera que “el Estado tiene otras alternativas de protección de la privacidad y la reputación menos restrictivas que la aplicación de una sanción penal”. En este sentido, “la protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público” y a través de “leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta”.

Para determinar la necesidad de la medida, la Corte debe examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas.

La Corte ha señalado que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita. La tipificación amplia de delitos de calumnia e

injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de *ultima ratio* del derecho penal. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado.

Tomando en cuenta las consideraciones formuladas hasta ahora sobre la protección debida de la libertad de expresión, la razonable conciliación de las exigencias de tutela de aquel derecho, por una parte, y de la honra por la otra, y el principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática, el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido. La tipificación penal de una conducta debe ser clara y precisa, como lo ha determinado la jurisprudencia de este Tribunal en el examen del artículo 9 de la Convención Americana.

Si bien es cierto que la Corte no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, a su vez reconoce que la posibilidad de utilizar al derecho penal debe realizarse con especial cautela. Es por ello que este Alto Tribunal resuelve que, para el presente caso, resulta notorio el abuso en el ejercicio del poder punitivo del Estado.

4.6.4. ESTRUCTA PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA. -

En este último paso del análisis se considera si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación.

En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra.

Para efectuar el análisis de la estricta proporcionalidad, la Corte examina los siguientes puntos:

- a) **El grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada.**

Respecto al grado de afectación de la libertad de expresión, la Corte considera que las consecuencias del proceso penal en sí mismo, la imposición de la sanción, la inscripción en el registro de antecedentes penales, el riesgo latente de posible pérdida de la libertad personal y el efecto estigmatizador de la condena penal impuesta al señor Kimel demuestran que las responsabilidades ulteriores establecidas en *este caso fueron graves* (el énfasis es mío). Incluso la multa constituye, por sí misma, una afectación grave de la libertad de expresión, dada su alta cuantía respecto a los ingresos del beneficiario.

En cuanto a la afectación del derecho a la honra, las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente; no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza, como sucede cuando un juez investiga una masacre en el contexto de una dictadura militar, como ocurrió en el presente caso; por lo que la Corte no determina el grado de afectación como grave.

b) La importancia de la satisfacción del bien contrario

En este punto la Corte reafirma que el control democrático a través de la opinión pública fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. De ahí la mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático. Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática, que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público.

Con base en lo anterior, la Corte resuelve que la crítica realizada por el señor Kimel estaba relacionada con temas de notorio interés público, se refería a un juez en relación con el desempeño de su cargo y se concretó en opiniones que no entrañaban la imputación de delitos.

c) Si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro.

La Corte observa que el señor Kimel realizó una reconstrucción de la investigación judicial de la masacre y, a partir de ello, emitió un juicio de valor crítico sobre el desempeño del Poder Judicial durante la última dictadura militar en Argentina. La crítica realizada por el señor Kimel estaba relacionada con temas de notorio interés público, se refería a un juez en relación con el desempeño de su cargo y se concretó en opiniones que no entrañaban la imputación de delitos.

Las opiniones vertidas por el señor Kimel no pueden considerarse ni verdaderas ni falsas. Como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo. En principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos. De allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte concluye que la afectación a la libertad de expresión del señor Kimel fue manifiestamente desproporcionada, por excesiva, en relación con la alegada afectación del derecho a la honra en el presente caso. Por lo que el Estado Argentino resulta responsable internacionalmente por la violación a sus obligaciones internacionales.

Este es un caso como hemos manifestado emblemático porque la Corte Interamericana, pone de relieve la importancia del juicio de proporcionalidad y los mecanismos para solucionar en este caso concreto una colisión de principios que están en la propia convención, el derecho a la libertad de expresión y de información (Art. 13) vs. El derecho a la honra (Art. 11), mediante la aplicación del principio o ley de la ponderación.

La importancia de este caso radica en determinar que el ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. Esto implica un proceso de armonización de derechos en donde el Estado tiene un papel medular al establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito; y de no hacerlo entonces resulta fundamental el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana como Tribunal complementario y subsidiario garante de los derechos humanos.

Cabe señalar que la Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado Argentino por la violación a la libertad de pensamiento y expresión, al principio de legalidad y las garantías judiciales, todas ellas en relación con la obligación de respetar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, todos contenidos en la Convención Americana.

4.6.5. LA CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR Y LA PONDERACION. -

La Corte Constitucional de Ecuador dictó el 19 de mayo de 2009 la Sentencia No. 009-09-SEP-CC en el CASO: 0077-09-EP, en la misma que resolvió una reclamación mediante Acción Extraordinaria de Protección que propuso un acusado que había solicitado pruebas con ocasión de una audiencia oral, pública y contradictoria por un caso de tránsito, pruebas que dispuestas no se practicaron, no obstante que había el mecanismo procesal del *exhorto* para que dicha prueba fuese evacuada antes de la audiencia de juicio. El juez de la causa decidió continuar con la sustanciación del juicio e invocó el *principio de la celeridad procesal* frente al *principio de la inviolabilidad del derecho a la defensa* que le asistía al acusado.

La Corte Constitucional de acuerdo con la Constitución (art. 87 de la Constitución) dispuso desde el inicio la *medida cautelar* de suspensión de la continuación del juicio, como se sabe con la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Jurisdiccional se limitó la *medida cautelar* prohibiéndola cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección (art. 27). Quienes trabajaron con la preparación de esta ley se olvidaron que las *medidas cautelares*

tienen como finalidad u objetivo evitar una inminente y grave violación (a veces irreversible o irreparable) de un derecho, o reparar y/o restituir el derecho ya violado.

En la parte medular del fallo dice la Corte Constitucional:

“ Es evidente para esta Corte que el auto judicial impugnado pretende aplicar el principio de celeridad procesal consagrado en el artículo 75 de la Constitución de la República. Pero también resulta evidente que ese auto considera que el principio de celeridad debe aplicarse con supremacía sobre otros principios y garantías relativos al debido proceso que están igualmente establecidos en la Constitución de la República. Y es en ese punto en el que esta Corte considera que el auto judicial impugnado infringe la Constitución, pues si bien ésta establece en su artículo 75 que la celeridad es un principio que hace parte de la tutela judicial efectiva, también establece claramente que ese principio -el de celeridad- no puede jamás sacrificar el derecho a la defensa. Por eso, ese mismo artículo 75 agrega que es derecho de las personas a “en ningún caso” quedar en indefensión. La locución “en ningún caso” es tajante: si en un caso concreto debe ponderarse el derecho a la defensa versus el principio de celeridad, éste último debe ceder en beneficio del primero. El auto judicial impugnado valoró las cosas a la inversa y de ahí su inconstitucionalidad.

Como anteriormente se ha dicho esta Corte afirmó que el auto judicial impugnado es violatorio del derecho a la defensa y de ahí su inconstitucionalidad. Corresponde profundizar en la cuestión: a) El artículo 76, 7º, de la Constitución de la República dice que el derecho a la defensa de las personas incluye ciertas garantías, entre las cuales, está, según el literal j, la de que “Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder el interrogatorio respectivo”; b) La norma constitucional citada consagra, pues, como parte de derecho a la defensa de una persona, que los testigos y peritos tengan la obligación de comparecer a responder los interrogatorios que planteen las partes procesales.

Derecho de la parte y correlativa obligación del testigo o perito; e) Empero, para que surja la obligación constitucional del testigo o perito de comparecer –derecho de la parte– es indispensable un acto instrumental previo: la notificación oficial al testigo o perito para que comparezca. Ese acto instrumental previo –notificación puede hacerse en las diversas formas previstas por la ley, pero lo fundamental es que el sujeto notificador no es la parte procesal, sino el sistema judicial. Este es un principio irrefutable, consignado en el Código de Procedimiento Civil (Art.73), aplicable supletoriamente a los procesos penales...

... Corolario de todo lo expuesto hasta ahora es que la obligación que la Constitución impone, en beneficio de las partes procesales, para que los testigos o peritos comparezcan ante el juez y respondan los interrogatorios de las partes, solo se hace exigible cuando el sistema judicial, a través de las diversas formas previstas en la ley, notifica al testigo o perito la providencia judicial que dispone su comparecencia. Hasta que la notificación no se realice en debida forma no se produce la obligación de comparecer del testigo o perito y por tanto no es exigible. En el caso concreto del proceso en que se expidió la providencia impugnada, la notificación a los testigos o peritos residentes en el extranjero debe hacerse mediante exhorto, conforme al artículo 130 del Código de Procedimiento Penal;

e) Lo dicho en el literal precedente demuestra porqué la providencia judicial impugnada en esta causa es violatoria del derecho a la defensa: según la providencia impugnada, la audiencia oral y pública de prueba y juzgamiento señalada para el 15 de abril del 2009 a las 09h40, dentro del proceso penal de tránsito N.O 026-2007, “se llevará a cabo con la presencia de los testigos y peritos que a ella concurran, por cuanto esta judicatura considera que no se puede dilatar en exceso la celebración de la referida audiencia de juzgamiento”.

Luego, según esa providencia, la referida audiencia pudiera celebrarse aun cuando no se hubiese notificado legalmente a los peritos y testigos para que comparezcan a ella; es decir, celebrarse antes de que se hubiese tornado exigible la obligación de tales

peritos o testigos de comparecer; o, dicho de otro modo, se la pudiese realizar vulnerando el derecho de la parte a exigir su comparecencia que solo se activa con la notificación apropiada. Eso coloca en indefensión al accionante, cuestión que “en ningún caso” puede suceder conforme al artículo 75 de la Constitución de la República, ni siquiera en beneficio del principio de celeridad procesal.

Expresamos por nuestra parte, que de no haber existido la posibilidad de las *medidas cautelares* al tiempo de avocar conocimiento del reclamo la Corte Constitucional el justiciable hubiese quedado en indefensión y pudo recibir una injusta e improcedente condena. Como se conoce del contenido de la sentencia, la Corte Constitucional declaró con lugar la acción extraordinaria de protección y anuló la providencia del juez que dispuso la celebración de la audiencia del juicio mientras no se practique la prueba pedida y ordenada. Ya habrá oportunidad en la investigación de referirnos a otros casos.

Sobre este caso y sobre la ponderación con ocasión de la *prueba ilícita*, hemos dicho:

Consignamos que haciendo efectivo el derecho a la tutela y a la acción extraordinaria de protección, en acto que debe ser emulado por respeto al Estado de Derecho, la Corte Constitucional al sustanciar la demanda, de conformidad con el artículo 87 de la Constitución de la República, dispuso la suspensión inmediata de los efectos jurídicos del acto impugnado en la causa. Al resolver decidió, aceptar la Acción Extraordinaria de Protección deducida por el doctor E C V, y dejar sin efecto la providencia dictada el 23 de enero del 2009 por el Juez Décimo Octavo de lo Penal del Guayas, dentro del proceso penal de tránsito N.º 026-2007.

Este precedente es importante para preservar el derecho de defensa, y en tratándose de la llamada prueba ilícita en el proceso penal, de acuerdo con las reformas del 24 de marzo de 2009, el juez de garantías penales debe calificar la excepción procesal penal de exclusión de la prueba ilícita, de acuerdo con lo previsto en el Art. 261.1. n. 4 de las reformas, al sustanciar la audiencia de preparación del juicio. Si se llegare a agotar el reclamo ante el mismo juez

mediante la providencia de revocatoria o de ampliación, nos queda la vía de reclamar la acción de tutela mediante el mecanismo de la acción extraordinaria de protección, al que nos hemos referido en los párrafos que preceden. La propuesta es válida porque no se puede ni debe utilizarse una prueba que viola la previsión contenida en el Art. 76 n. 4 que consagra como una de las garantías del debido proceso, la exclusión de la prueba ilícita.

Aquí surge la aplicación del principio o test de ponderación entre el derecho a llegar a la verdad procesal y la obligación constitucional de acceder a la misma mediante procedimientos lícitos. (Zambrano Pasquel A. 2011. *Del Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo*. El Sistema Interamericano de DD. HH a través de sus Sentencias. Lima: Edilex S.A. p. 395 y ss.).

4.6.6. CONCLUSIÓN PRELIMINAR DEL MARCO TEORICO.-

Del examen que hemos realizado en referencia al llamado *control de convencionalidad*, del *control de constitucionalidad* y del *bloqueo de constitucionalidad*, apreciamos que si existen herramientas para encontrar soluciones al conflicto de derechos ya señalado entre la *libertad de expresión, de opinión y de información*, frente al *derecho a la honra, a la dignidad y a la intimidad* del ciudadano, funcionario público o no. ¿Surge la interrogante de cómo hacer efectiva la respuesta debida? En principio podemos afirmar que un juez muy conocedor de la Constitución, de la mejor doctrina constitucional, de la jurisprudencia constitucional de algunos países como es el caso de Colombia y podríamos agregar de Perú, de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de la que ya ha producido la Corte Constitucional de Ecuador, tiene como pronunciarse y resolver en un caso concreto utilizando adecuadamente la *ponderación*, en este conflicto de derechos fundamentales.

El problema podía subsistir si ese mismo juez no es un perito en el manejo de la mejor doctrina y jurisprudencia constitucional, ni maneja adecuadamente los mecanismos de una solvente *argumentación jurídica*. Otras vías de solución son: la jurisprudencia de la Corte Constitucional para resolver una *consulta en caso de duda*,

el pronunciamiento de la Corte Constitucional de una eventual declaración de inconstitucionalidad de los tipos penales que supervivían en el Código Penal a propósito de la *injuria* y de la *calumnia*, y nos quedaba la opción de una reforma a través de la Asamblea Nacional para suprimir los tipos penales que resulten contrarios a la Convención y a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hemos manifestado precedentemente que al entrar en vigencia el CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL publicado en el RO. S 180 del 10 de febrero del 2014, solamente subsiste como delito la *calumnia*, y de producirse un caso habría que ver la solvencia y conocimientos de un juez que debiera actuar con absoluta *imparcialidad* e *independencia*.

Capítulo 5

METODOLOGÍA

A continuación se presentará el método, técnicas y procedimientos que fueron utilizados para alcanzar los objetivos propuestos en la presente tesis.

5.1. ENFOQUE

La investigación se realiza mediante un enfoque cualitativo, tratándose de una investigación pura en su finalidad por cuanto su intención es la de aportar al conocimiento de esta temática. En su nivel de profundidad es un estudio descriptivo ya que se descubrirán algunas variables que se encuentran presentes en la realidad y acorde con la temporalidad, la investigación es transversal en vista que los datos son recopilados en un solo momento.

El estudio se efectúa en dos fases. Una primera fase en la cual se utiliza como técnica el Estudio Cualitativo de Caso, para una vez analizados los casos y evidenciado en sus contenidos la presencia de los indicadores de las variables de la hipótesis, se procede a ejecutar la fase consecuente utilizando la técnica de Entrevistas en Profundidad dirigidas a quienes son los responsables de aplicar la justicia para que sea pertinente al control de convencionalidad; los jueces del Ecuador.

Como fue indicado con anterioridad, la investigación parte desde un estudio de casos en el cual fueron considerados todos aquellos casos en los que se encuentren vulnerados los derechos a la

libertad de información, expresión y de opinión vs. el derecho a que se respete la honra y dignidad de las personas, así como el derecho a la intimidad, para finalmente seleccionar dos casos emblemáticos que representen el objeto de esta investigación. Una vez analizados los casos por el investigador utilizando las variables e indicadores de la hipótesis como criterios de análisis, se continúa con la segunda fase de la metodología propuesta con la finalidad de determinar el conocimiento sobre el sistema interamericano de derechos humanos por parte de los jueces en Ecuador.

Universo

Los jueces de las Cortes del Ecuador.

Muestra

Jueces de las Cortes Constitucional y de la Corte Provincial

Tipo de Muestreo

Se realiza un muestreo de casos políticamente importantes ya que los seleccionados intervienen directa o indirectamente, pero de modo significativo en la toma de decisiones involucradas en dichos procesos. Comprender su visión es fundamental para conocer el rumbo que seguirán los procesos en cuestión.

Conformación de la Muestra

La muestra está conformada por un total de ocho jueces, cuatro de ellos pertenecientes a la Corte Constitucional y cuatro de ellos magistrados de la Corte Provincial. Se intenta guardar paridad de género en cuanto a su selección.

5.2. TECNICAS DE INVESTIGACION:

Estudios Cualitativos de Casos

El estudio de casos se basa en un diseño de investigación orientado al análisis de las relaciones entre muchas propiedades concentradas en una sola unidad. Trabajar con muchas variables y un caso (o muy pocos) ha dado lugar a diversas estrategias de abordaje encaminadas a la búsqueda de múltiples fuentes de evidencia (Yin 1993).

Stake (1994) sostiene que el estudio de caso no se trata de una opción metodológica sino de la elección de un objeto de estudio; es el interés en el objeto lo que lo define y no el método que se utiliza. Cualquier unidad de análisis puede convertirse en ese objeto, el caso, el cual puede tratar tanto de una unidad individual como colectiva. Una vez definido el objeto, en el se concentra toda la atención investigativa orientada a un análisis intenso en sus significados con la intención de comprenderlo en su especificidad más que buscando generalizaciones. El objeto se puede abordar desde diferentes métodos y con diversas técnicas de recolección de datos y análisis (observación, entrevistas en profundidad, análisis documental, análisis de datos estadísticos, sondeos, etc.).

Un estudio de caso es una indagación empírica que: investiga un fenómeno contemporáneo dentro de su contexto real de existencia, cuando los límites entre el fenómeno y el contexto no son claramente evidentes y en los cuales existen múltiples fuentes de evidencia que pueden usarse.

Desde una perspectiva cualitativa, el valor científico del estudio de caso estriba en su carácter de estudio denso, narrado en toda su diversidad a fin de desentrañar sentidos generales, metáforas, alusiones, alegorías, que se expresan a través de múltiples marcas en la unicidad del caso. Si bien no provee elementos de prueba de enunciados generales, provee de muchos indicios que pueden considerarse de apoyo a estos. Además, puede constituirse en fuentes conceptuales, categoriales y de bases de datos inherentes a la construcción de teoría, así como en un elemento crítico importante en el proceso de reformulación de generalizaciones (Feagin 1991).

HIPOTESIS

Del análisis y estudio del marco teórico que antecede cuya amplitud reconocemos, aparece sin duda que el problema a resolver, es la correcta aplicación por parte de los jueces del principio de ponderación ante el innegable conflicto de derechos que significan el ejercicio por una parte del derecho a la libertad de información, de expresión y de opinión, frente al derecho a la honra, a la dignidad y

a la intimidad que le asisten a un ciudadano incluyendo al que ejerce una función pública. ¿Cuál es el límite que existe racionalmente en el ejercicio legítimo de esos derechos en un Estado constitucional de derechos y justicia como es el Ecuador, y de no existir legitimidad cuales deben ser los límites del ejercicio del poder punitivo por parte del Estado?

La hipótesis que planeamos para resolver el problema es la que sigue:

“El desconocimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos genera jurisprudencia en contra del Estado ecuatoriano”.

VARIABLES

VARIABLE INDEPENDIENTE

“Desconocimiento del Sistema Interamericana de Derechos Humanos”

VARIABLE DEPENDIENTE

“Jurisprudencia en contra del Estado ecuatoriano”

INDICADORES

DE LA VARIABLE INDEPENDIENTE

- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Ecuador
- Desarrollo doctrinario
- Obligatoriedad
- Conocimiento
- Aplicación por parte del juez
- Impedimentos

DE LA VARIABLE DEPENDIENTE

- Indemnizaciones que paga el Estado ecuatoriano
- Observaciones a la política del Estado
- Conminación al cumplimiento

- Reformas legales
- Educación a jueces, fiscales, policías

Criterios de Análisis de los Casos

Los casos seleccionados serán analizados mediante dos procedimientos.

- a) Utilizando el Test de ponderación con el fin de determinar ante un conflicto o colisión de principios o bienes jurídicos cual es preponderante o prevalente: para cumplir con lo propuesto en el cuarto objetivo específico declarado para la elaboración del presente estudio.
- b) Las variables de la hipótesis de estudio (Variable Independiente: Desconocimiento de los jueces del sistema interamericano de derechos humanos; Variable Dependiente: jurisprudencia en contra del Estado Ecuatoriano), con los respectivos indicadores que las componen. Ver Tabla No. 1.

Una vez realizada la observación de la presencia de los indicadores de la hipótesis en los Estudios de Casos seleccionados, constituyéndose dichos indicadores en los criterios de análisis, se dará paso a la ejecución de la segunda fase de la investigación, la ejecución de entrevistas en profundidad tanto a jueces constitucionales en la ciudad de Quito, como a jueces de la Corte Provincial de la ciudad de Guayaquil. Las entrevistas serán llevadas a cabo por el investigador.

Entrevistas en Profundidad

Según los planteamientos de Ezequiel Ander-Egg, las entrevistas cualitativas son flexibles y dinámicas. Las entrevistas cualitativas han sido descritas como no directivas, no estructuradas, no estandarizadas y abiertas. Por entrevistas cualitativas en profundidad entendemos reiterados encuentros cara a cara entre el investigador y los informantes, encuentros éstos dirigidos hacia la comprensión de las perspectivas que tienen los informantes respecto de

sus vidas, experiencias o situaciones, tal como las expresan con sus propias palabras. Las entrevistas en profundidad siguen el modelo de una conversación entre iguales, y no de un intercambio formal de preguntas y respuestas. El propio investigador es el instrumento de la investigación, y no lo es un protocolo o formulario de entrevista. El rol implica no sólo obtener respuestas, sino también aprender qué preguntas hacer y cómo hacerlas.

Lo primordial de las entrevistas cualitativas en profundidad es el aprendizaje sobre lo que es importante en la mente de los informantes: sus significados, perspectivas y definiciones; el modo en que ellos ven, clasifican y experimentan el mundo. Para la ejecución se elaborará un guion de entrevista que no constituye un protocolo estructurado, sino que incluye los indicadores de la hipótesis (criterios de análisis) que deben cubrirse con cada informante. En la situación de entrevista el investigador decidirá como enunciar las preguntas y cuándo formularlas. El guión de la entrevista servirá únicamente para recordar que se deben hacer preguntas sobre algunos aspectos del objeto de estudio.

El investigador tiene previsto el llevar a cabo ocho entrevistas en profundidad con jueces de la Corte Constitucional y de la Corte Provincial del Guayas. Este procedimiento se realizará hasta el momento de obtener la saturación teórica, por lo cual podría suceder que la necesidad de entrevistar el número total de la muestra no fuese necesaria.

Las entrevistas se harán utilizando una comunicación escrita, y la respuesta a la misma será sometida al correspondiente proceso de análisis.

5.3. CONSTRUCCION DEL INSTRUMENTO DE RECOLECCION DE DATOS

Variable independiente

VARIABLE	INDICADORES (CATEGORÍAS DE ANÁLISIS)	PREGUNTAS DEL GUIÓN DE ENTREVISTA
Sistema Interamericano de Derechos Humanos	Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	¿Cómo resolvería usted un caso en que se discutan principios convencionales y constitucionales?
	Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Ecuador	¿Qué Ley aplicaría?
	Desarrollo doctrinario	¿Cómo fundamentaría su resolución?
	Obligatoriedad	¿Qué valor tiene para usted la jurisprudencia de la Corte Interamericana?
	Conocimiento	¿Qué valor tiene para usted la jurisprudencia de la Corte Constitucional?
	Aplicación por parte del juez	¿Qué es para usted el bloque de constitucionalidad?
	Impedimentos	¿Qué es para usted el bloque de convencionalidad?

Variable Dependiente

VARIABLE	INDICADORES (CRITERIOS DE ANÁLISIS)	PREGUNTAS DEL GUIÓN DE ENTREVISTA
Jurisprudencia contra el Estado Ecuatoriano	Indemnizaciones que debe pagar el Estado	¿Mencione en cuanto casos conoce que se ha condenado al Estado ecuatoriano por violación de garantías de un ciudadano?
	Observaciones a la Política de Estado	¿Cuál ha sido la Política del Estado en el respeto a las garantías del ciudadano?
	Observaciones al sistema procesal	¿Qué cambios considera importantes en el sistema procesal?
	Conminación por incumplimiento	¿Cómo estima usted que se debe conminar a los jueces para que cumplan con el respeto a las garantías del ciudadano?
	Necesidad de educación a jueces, fiscales y policías	¿De qué manera se debe educar a los jueces, fiscales y policías para hacer efectivo el respeto a las garantías de la Convención y de la Constitución?
	Derecho de repetición	¿Considera usted que la falta de cumplimiento del derecho de repetición, impide un mayor respeto a las garantías de la Convención y de la Constitución?

Método para el Análisis de Datos: TEORIA FUNDAMENTADA

El libro de Glaser y Strauss “The Discovery of Grounded Theory” publicado en 1967 establece las bases de esta corriente metodológica cualitativa. El intento es básicamente de eliminar la distancia entre las grandes tradiciones teóricas en ciencias sociales y la investigación empírica. Se trata por tanto de enfatizar la calidad de generación de teoría más que la verificación de teoría.

Los autores de esta metodología plantean que el problema reside, desde un punto de vista metodológico, en que la teoría ha llegado a ser sinónimo con lo planteado por los grandes clásicos de las ciencias sociales, y lo que queda es solamente verificar sus planteamientos. Esta orientación metodológica señala que el investigador no debe quedarse en el rol secundario de verificar las grandes teorías sino también de generarla, puesto que en definitiva una teoría sólo puede ser reemplazada por otra teoría.

Al emplear la teoría fundada, el propósito primario, según Glaseer y Straus, es generar modelos explicativos de la conducta humana que se encuentren apoyados en los datos. La recolección de información y su análisis tiene lugar de manera simultánea. La generación de la teoría se basa en los análisis comparativos entre o a partir de grupos en el interior de un área sustantiva mediante el uso de métodos de campo para la captura de datos. Mediante el uso de la teoría fundada, el investigador trata de identificar patrones y relaciones entre esos patrones.

Como lo señalan los autores, una estrategia efectiva en este contexto es de ignorar en un comienzo la literatura teórica y factual relativa a lo que se está investigando, para asegurarse que las necesarias categorías de análisis que deben ser creadas para la investigación no son contagiadas con conceptos más adecuados a otros problemas de investigación. Las igualdades y convergencias con la literatura pueden ser establecidas después de que el núcleo analítico central de las categorías ha sido producido.

Es importante en todo caso señalar, dicen Glaseer y Strauss, de que el investigador no se aproxima a la realidad en “blanco” como “tabla rasa”, sino que debe tener una perspectiva que lo ayude a ver datos relevantes y a abstraer categorías significativas para su análisis de los datos. Esto se basa además en que todos los datos están en realidad cargados de teoría todo el tiempo. Siempre estamos cargando nuestra percepción de la realidad con un conjunto complejo de contextos cognitivos

y teóricos. La realidad está siempre ya interpretada.

El dato debe en todo caso ser algo que siempre debe existir para poder hacer análisis metodológicos, por eso es crucial donde se encuentra el dato, sus fuentes. En este contexto, la metodología teóricamente fundada utiliza además de la observación participante y entrevistas, una serie de técnicas poco convencionales: datos extraídos de la experiencia propia o como los autores llaman, comparación anecdótica. Dan mucha importancia a la utilización de todo tipo de documentos.

Una vez que el dato ha sido “encontrado”, se trata de crear “categorías” a través de un proceso de codificación. Se trata de construir categorías a través de la codificación del dato. Es un proceso intensivo donde palabra por palabra, línea por línea, párrafo por párrafo, se analiza el material empírico. Las categorías deben ser buscadas en los actores o al menos deben ser fácilmente entendibles por actores. En principio las categorías son de dos tipos: aquellas que se encuentran directamente en el material puesto que son manifestadas por los actores, categorías “in-vivo”, y aquellas que el mismo investigador construye a partir del material, categorías “in-vitro”. En este estudio se ha iniciado el análisis mediante el uso de categorías “in-vitro” que proceden de los indicadores presentes en la hipótesis de estudio, elaboración del investigador.

El proceso de análisis de datos será desarrollado de la forma siguiente:

- a) Se lee el texto
- b) Se establece la pregunta en qué categorías entendibles para los actores, puede incluirse el dato.
- c) Se anotan las categorías y qué datos caen dentro de ellas,
- d) Se “inspeccionan” los datos y categorías, o sea a través de un proceso mental, dice Strauss (1987) dar vueltas las categorías en todas las formas posibles, todo el tiempo con la práctica cotidiana en mente. En otras palabras utilizar la relación causa-consecuencia en el análisis de las categorías.

La metodología representada por esta corriente teórico - metodológica puede ser modificada en diversos puntos, pero no puede dejarse de usar la codificación en categorías. Así, se compara continuamente datos recientemente codificados en una categoría con los datos anteriormente codificados en esa categoría, para desarrollar sus características. El trabajo con la codificación continúa hasta que se ha alcanzado el nivel de “saturación teórica” el que ocurre cuando nuevos análisis no contribuyen a descubrir una nueva categoría.

A partir de las categorías se construye una teoría

Esta se construirá escribiendo ensayos continuamente sobre las ideas teóricas que emergen en relación con la codificación especialmente con la creación de características de las categorías. Los ensayos pueden ser discursivos, pueden contener material gráfico, tablas, etc. La idea es que a través de escribir continuamente ensayos crece la teoría sucesivamente.

En definitiva, puede decirse que la metodología teóricamente fundamentada representa un camino cualitativo que se apoya decisivamente en el dato empírico, sin caer en el espiritismo. Implica fundamentalmente un camino para generar teorías a partir de observaciones cualitativas, las que mediante un proceso intensivo de codificación permite el crecimiento del acervo teórico.

5.4. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCION DE DATOS

Se efectúa una ENTREVISTA mediante un GUION NO ESTRUCTURADO preparado y dirigido para obtener las respuestas necesarias de parte de los jueces. El cuestionario está dirigido tanto al problema como a la hipótesis o respuesta al mismo.

Capítulo 6

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LA INFORMACIÓN

Para el análisis de la información obtenida mediante el Estudio de Casos y las Entrevistas en Profundidad se utilizaron los siguientes criterios extraídos de las variables de la hipótesis:

- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Ecuador
- Desarrollo doctrinario
- Obligatoriedad
- Conocimiento
- Aplicación por parte del juez
- Impedimentos
- Indemnizaciones que debe pagar el Estado
- Observaciones a la Política de Estado
- Observaciones al sistema procesal
- Conminación por incumplimiento
- Necesidad de educación a jueces, fiscales y policías
- Derecho de repetición

Inicialmente presentamos la información obtenida del análisis de los casos que se detallan a continuación:

Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. 2001

Caso Bustos vs. Chile (La última tentación de Cristo). 2001

Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. 2004

Caso Kimel vs. Argentina. 2007

Caso Fontevecchia y D` Amico vs. Argentina. 2011

Caso Mondragón vs. España. 2011

ESTUDIO DE CASOS:

Caso Ivcher Bronstein vs. Perú 2001

Este caso fue resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuya sentencia se dicta el 6 de febrero de 2001 (se puede consultar íntegramente el fallo en <http://www.corteidh.or.cr>).

De conformidad con la exposición hecha por la Comisión, el Estado privó arbitrariamente del título de nacionalidad al señor Ivcher Bronstein, ciudadano peruano por naturalización, accionista mayoritario, Director y Presidente del Directorio del Canal 2 -Frecuencia Latina- de la televisión peruana, con el objeto de desplazarlo del control editorial de dicho Canal y de coartar su libertad de expresión, la cual se manifestaba a través de denuncias de graves violaciones a derechos humanos y de actos de corrupción.

En lo principal la Corte IDH:

2. declara que el Estado violó el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8.1 y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Baruch Ivcher Bronstein.
3. declara que el Estado violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Baruch Ivcher Bronstein.
4. declara que el Estado violó el derecho a la propiedad privada consagrado en el artículo 21.1 y 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Baruch Ivcher Bronstein.
5. declara que el Estado violó el derecho a la libertad de expresión

consagrado en el artículo 13.1 y 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Baruch Ivcher Bronstein.

Análisis del contenido de acuerdo con los criterios de investigación

Sin duda hay evidencia en este caso de las violaciones al derecho que le asistía al ciudadano Baruch Ivcher Bronstein, a ejercer una actividad lícita relacionada con la *libertad de expresión*.

En ejercicio de ese derecho se denuncian graves violaciones a derechos humanos y actos de corrupción.

Una política del Estado peruano que caracterizó un ejercicio abusivo del poder político en la administración del Presidente Alberto Fujimori, fue la de la intimidación a los opositores y el secuestro de sus propiedades.

El sistema procesal peruano no le permitió un uso racional y adecuado del derecho a la tutela judicial efectiva. El resultado fueron las indemnizaciones que debió pagar el Estado peruano y la reparación del daño causado al ciudadano Baruch Ivcher Bronstein.

Nuestro comentario: El caso que se reseña es uno de los tantos que se dieron en el Gobierno del Presidente peruano Alberto Fujimori, caracterizado por una gran intolerancia con los medios de comunicación y por la utilización del aparato judicial que estaba desprovisto de independencia, autonomía e imparcialidad.

En el proceso surgió a la luz que en el año 1997 el señor Ivcher era el accionista mayoritario de la Compañía, empresa operadora del Canal 2 de la televisión peruana; asimismo, era Director y Presidente del Directorio de dicha Compañía y se encontraba facultado para tomar decisiones editoriales respecto de la programación. En abril de 1997, el Canal 2 difundió, en su programa Contrapunto, reportajes de interés nacional, como las denuncias sobre las posibles torturas cometidas por miembros del Servicio de Inteligencia del

Ejército en contra de la agente Leonor La Rosa, el supuesto asesinato de la agente Mariela Barreto Riofano y los supuestos ingresos millonarios percibidos por el señor Vladimiro Montesinos Torres, asesor del Servicio de Inteligencia del Perú.

Caso Olmedo Bustos vs. Chile (La última tentación de Cristo). 2001

Este es un caso también importante que puede ser revisado íntegramente en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en <http://www.corteidh.or.cr>) que pone en discusión la libertad de pensamiento y de expresión frente a la libertad de conciencia y de religión.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió este caso con el fin de que la Corte decidiera si hubo violación, por parte de Chile, de los artículos 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) y 12 (Libertad de Conciencia y de Religión) de la Convención. Según la demanda, dichas violaciones se habrían producido en perjuicio de la sociedad chilena y, en particular, de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Munoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, como resultado de la censura judicial impuesta a la exhibición cinematográfica de la película *LA ÚLTIMA TENTACIÓN DE CRISTO* confirmada por la Excelentísima Corte Suprema de Chile con fecha 17 de junio de 1997.

La jurisprudencia de la Corte IDH en este caso, resolvió:

(...) 97. Respecto del artículo 13 de la Convención, la Corte considera que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película *La Última Tentación de Cristo*, ya que está obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción.

Podemos deducir la obligatoriedad del Estado chileno en el

párrafo que sigue:

(...) 98. En relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, las normas de derecho interno chileno que regulan la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica todavía no han sido adaptadas a lo dispuesto por la Convención Americana en el sentido de que no puede haber censura previa.

Hay observaciones a la Política de Estado, cuando se expresa que:

El Estado continúa incumpliendo los deberes generales a que se refieren aquéllas disposiciones convencionales. En consecuencia, Chile debe adoptar las medidas apropiadas para reformar, en los términos del párrafo anterior, su ordenamiento jurídico interno de manera acorde al respeto y el goce del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en la Convención.

Análisis del contenido de acuerdo con los criterios de investigación

Este caso se vuelve emblemático en el sistema interamericano de derechos humanos, pues se reconoce que se violan derechos humanos fundamentales al prohibirse la exhibición de una película acudiendo incluso a principios religiosos supuestamente vulnerados.

Había una Política de Estado cuestionable incluso por la manipulación constitucional que daba paso a la censura cinematográfica.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana que para nosotros tiene valor y obligatoriedad no solamente *inter partes*, sino que debe ser respetada para los casos venideros, dispuso que se permita la exhibición de la película sin censura previa y que cumpla el Estado chileno con adecuar su legislación a la Convención o Pacto de San José.

Nuestro comentario: Aunque pareciera no tener importancia un caso en el que se prohíbe la exhibición de una película aduciendo motivaciones morales y religiosas, el corolario de la reclamación

ante el sistema interamericano de derechos humanos reafirma el respeto al derecho a la libertad de expresión y ratifica la violación de la Convención o Pacto de San José de Costa Rica por la censura previa. Chile incluso a raíz de este fallo reformó su Constitución.

En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado estaba incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención.

El 20 de enero de 1997 la Corte de Apelaciones de Santiago dictó sentencia en relación con el presente caso, la que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile el 17 de junio 1997. Por no estar de acuerdo con los fundamentos de estas sentencias, el Gobierno de Chile presentó el 14 de abril de 1997 al Congreso un proyecto de reforma constitucional para eliminar la censura cinematográfica.

Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. 2004

Este caso puede ser revisado íntegramente en la web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (<http://www.corteidh.or.cr>) y ubica la discusión en torno al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, garantías judiciales, protección judicial, obligación de respetar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno.

El caso en análisis versa sobre el procedimiento y sanción penal impuesta al periodista Mauricio Herrera Ulloa y la sanción civil impuesta a este último y al señor Fermín Vargas Rohrmoser, representante legal del medio de comunicación social La Nación, como consecuencia de haber publicado diversos artículos que reproducían parcialmente información de algunos periódicos europeos referentes a supuestas actividades ilícitas del señor Félix Przedborski. En la época de dichas publicaciones el señor Przedborski era representante de Costa Rica ante la Organización de Energía Atómica en

Austria, en calidad de Cónsul ad honorem.

La Corte encontró que, con ocasión de los hechos de este caso, el Estado violó los artículos 13 y 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, y el artículo 8.2. h. de la Convención en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño genera una nueva obligación: reparar adecuadamente el daño causado. A tales efectos, la Corte se ha basado en el artículo 63.1 de la Convención Americana, según el cual:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados.

Análisis del contenido de acuerdo con los criterios de investigación

Este caso reafirma el desarrollo doctrinario y jurisprudencial del sistema interamericano de derechos humanos en materia de libertad de expresión y opinión, a lo que sumamos el derecho de opinión.

No dudamos del conocimiento de la Convención o Pacto de San José, y de la jurisprudencia del sistema interamericano por parte de los jueces que debieron resolver en las diversas instancias en Costa Rica, pero hubo una inaplicación de ese conocimiento, pues al ejercicio del derecho a la libertad de información y de opinión apareció una limitada estructura del sistema procesal penal costarricense en materia de recursos, pues el de casación resultaba limitado y no existía el recurso de apelación en el código de procedimiento penal de Costa Rica.

Se dispuso la anulación de la condena penal y la sanción civil, y se establecieron indemnizaciones a favor del periodista Mauricio Herrera Ulloa. En este caso había también una sanción civil impuesta al señor Fermín Vargas Rohrmoser, representante legal del

medio de comunicación social La Nación, que había reproducido parcialmente noticias publicadas en periódicos europeos.

Nuestro comentario: Para garantizar el derecho al recurso de alzada ante otro tribunal, Costa Rica reformó su ley de procedimiento penal estableciendo el derecho al recurso de apelación de la sentencia, pues al tiempo de la sentencia condenatoria solamente era posible el recurso de casación.

En este fallo se recordó que la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva OC-5/85, hizo referencia a la estrecha relación existente entre democracia y libertad de expresión, al establecer que, la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no esté bien informada no es plenamente libre (sic).

Caso Fontevecchia y D` Amico vs. Argentina. 2011

Este es un caso igualmente importante porque pone en el tapete de la discusión el derecho a la libertad de expresión a través del derecho a la libertad de información, vs. el derecho a la intimidad que al igual que la honra y dignidad le asiste a cualquier ciudadano. En el caso presente la persona que asume el rol de haber sido afectada en su vida privada y en su derecho a la intimidad es el ex Presidente argentino Carlos Saúl Menen de quien se ha manifestado públicamente que tenía una vida afectiva o sentimental vinculada a algunas damas. Aquí el reclamo se presenta por la publicación de la existencia de un hijo fuera de matrimonio del ex Presidente. El fallo puede ser revisado íntegramente en la web de la Corte Interamericana de DD.HH (<http://www.corteidh.or.cr>).

Expresó la Corte IDH:

(...) 42. Respecto al contenido de la libertad de pensamiento y de expresión, la jurisprudencia de esta Corte ha sido constante en señalar que quienes están bajo la protección de la Convención Americana tienen el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás.

(...) 43. Sin embargo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.

El Tribunal concluye que no hubo una injerencia abusiva o arbitraria en la vida privada del señor Menem en los términos del artículo 11 de la Convención Americana y que, por el contrario, las publicaciones cuestionadas constituyeron un ejercicio legítimo del derecho a la libre expresión reconocido en el artículo 13 de dicho tratado. En consecuencia, la Corte Interamericana concluye que la medida de responsabilidad ulterior impuesta en el presente caso violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D` Amico, reconocido en el artículo 13 de la Convención Americana, en relación con la obligación de respetar ese derecho, establecida en el artículo 1.1 del mismo instrumento.

Análisis del contenido de acuerdo con los criterios de investigación

La Corte IDH destaca la jurisprudencia reiterada en materia de libertad de expresión, e incluso deja a salvo la responsabilidad ulterior en el caso de un ejercicio abusivo del derecho a informar.

Considera la Corte que Fontevecchia y D` Amico que habían sido condenados por afectar la vida privada del ex Presidente Carlos Saúl Menem, en este caso actuaron dentro del ejercicio legítimo de

su derecho a informar sobre la existencia de un hijo fuera del matrimonio, sin que por ello se menoscabe el derecho a la intimidad del pretense afectado.

Se dispuso que se dejen sin efecto las sanciones a los periodistas afectados, y que se los indemnice por parte del Estado argentino.

Nuestro comentario: En el presente caso se trató de encontrar el punto de equilibrio entre la vida privada y la libertad de expresión que, sin ser absolutos, son dos derechos fundamentales garantizados en la Convención Americana y de la mayor importancia en una sociedad democrática. El Tribunal recuerda en el fallo, que el ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. En ese proceso de armonización le cabe un papel medular al Estado buscando establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito. La necesidad de proteger los derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención.

El caso Otegui Mondragón vs. España. 2011

El fallo puede ser revisado íntegramente en nuestra web en <http://www.alfonsozambrano.com>.

El antecedente es la demanda 2034/07 dirigida contra el Reino de España, uno de cuyos ciudadanos, el Sr. Arnaldo Otegi Mondragón recurrió al Tribunal el 5 de enero de 2007 al amparo del artículo 34 del Convenio de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. El demandante alegaba que la decisión del Tribunal Supremo que le declara culpable de injurias graves al Rey constituía un ataque injustificado a su derecho a la libertad de expresión con arreglo al artículo 10 del Convenio. La condena era a un año de prisión privativa del derecho a la libertad.

LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

Durante una rueda de prensa celebrada en San Sebastián, el demandante, como portavoz del grupo parlamentario Sozialista Abertzaleak, expuso la evaluación política hecha por su grupo de la situación del Diario Egunkaria. En respuesta a una cuestión planteada por un periodista, afirmó, refiriéndose a la visita del rey al País Vasco, que esto era patético y que era una verdadera vergüenza política que el Presidente del Gobierno vasco inaugurara el proyecto (...) con Juan Carlos de Borbón, indicando que esta imagen valía más que mil palabras. Añadió que inaugurar un proyecto con el Rey de los Españoles, que era el jefe supremo de la Guardia civil y el jefe supremo de las Fuerzas armadas españolas, era absolutamente lamentable

El 7 de abril de 2003, la Fiscalía presenta una querrela criminal contra el demandante a causa de sus declaraciones del 26 de febrero de 2003, por “injurias graves al Rey”, según lo dispuesto en el artículo 490 n 3 del Código penal, en relación con el artículo 208 del Código. Por una sentencia del 18 de marzo de 2005, el Tribunal Superior del país Vasco declaró al demandante inocente de los hechos que se le acusaban.

Mediante dos sentencias del 31 de octubre de 2005, el Tribunal Supremo, en primer lugar, casó la sentencia dictada por la jurisdicción a quo basándose en numerosas referencias a la jurisprudencia del Tribunal y, en segundo lugar, condenó al demandante a una pena de un año de prisión, a la suspensión del derecho de sufragio pasivo durante la duración de la pena y al pago de las costas, como autor penalmente responsable de un delito de injurias graves al Rey.

La Corte Europea de Derechos Humanos, dijo:

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, ampara no solo para la información o las ideas recibidas favorablemente o consideradas

inofensivas o indiferentes, sino también las que ofenden, chocan o perturban: así lo demanda el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin las cuales no existe una sociedad democrática tal como consagra el artículo 10, esa libertad se combina con excepciones que requieren no obstante una interpretación restrictiva, y la necesidad de limitarla debe encontrarse establecida de manera convincente.

Además, los límites de la crítica admisible son más amplios respecto a un hombre político, contemplado en este carácter, que los de un particular: a diferencia del segundo, el primero se expone inevitable y conscientemente a un control atento de sus hechos y gestos tanto por los periodistas como por el conjunto de los ciudadanos; debe, por lo tanto, mostrar una mayor tolerancia. Tiene ciertamente derecho a ver protegida su reputación, incluso fuera del marco de su vida privada, pero los imperativos de esta protección deben ponderarse con los intereses del libre debate de las cuestiones políticas, las excepciones a la libertad de expresión requieren una interpretación restrictiva

Análisis del contenido de acuerdo con los criterios de investigación

Nos pareció oportuno insertar esta sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (o Corte de Estrasburgo) para cumplir con una propuesta de *derecho comparado* entre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su par que es la Corte Europea de Derechos Humanos.

El nivel de tolerancia de la Corte Europea de DH en este caso es grande, pues si se lee la imputación al Rey de España puede parecer objetivamente injuriosa, pero se destacó la obligatoriedad de respetar el derecho a la libertad de expresión expuesta en comentarios en contra de la presencia del visitante en el país vasco.

Destacamos el carácter restrictivo que le atribuye la Corte de Estrasburgo a las limitaciones a la libertad de expresión, lo cual nos lleva a presumir que hubo por parte de los jueces españoles un uso

irracional de tal limitación en perjuicio del ciudadano Arnaldo Otegi Mondragón.

Nuestro comentario: Aunque en la sentencia no se utiliza expresamente el concepto de la ponderación, el hecho cierto es que en la decisión del Tribunal Europeo se considera el conflicto de derechos que tienen que ver con el honor, la dignidad y la reputación, vs. el derecho a la libertad de expresión. El Tribunal de Estrasburgo (Corte Europea de DD.HH) recurrió a una amplia jurisprudencia y destacó que las personas públicas están más expuestas a la crítica, y deben ser incluso más tolerantes que los particulares.

Corte Constitucional de Ecuador. Caso no 1116- 10 ep.

La Corte dice en los párrafos más relevantes:

El legitimado activo, Segundo Ángel Pandi Toalombo, interpone la presente acción extraordinaria de protección. Menciona que la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Civil de la Corte provincial de Justicia de Imbabura en el proceso signado con el No. 0064- 2010, se encuentra ejecutoriada por el Ministerio de la ley y por el transcurso del tiempo, y que los recursos de casación y de hecho se han negado.

Que el derecho constitucional supuestamente vulnerado según el legitimado activo es el derecho de libertad, contemplado en el artículo 66, numeral 21, literal d de la Constitución de la República que dispone: “ninguna persona está obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley”.

Ponderación de derechos constitucionales

Dentro de un caso concreto, el intérprete constitucional puede encontrarse con conflictos entre los denominados derechos constitucionales. Frente a esto, dentro de la dinámica garantista que impregna el constitucionalismo ecuatoriano actual, el intérprete debe buscar soluciones hermenéuticas que permitan brindar la tutela de los derechos de las personas, puesto que estos son el pilar

fundamental del actual paradigma del Estado ecuatoriano como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Los derechos constitucionales generalmente se expresan a través de principios, los mismos que pueden llegar a colisionar; frente a aquello se debe acudir a nuevos métodos de interpretación del constitucionalismo contemporáneo, y en la especie al método de interpretación denominado ponderación.

Todo esto tiene consecuencias notables. Los conflictos entre principios constitucionales no pueden resolverse utilizando criterios de solución estándar de los conflictos. No se puede usar el criterio *lex posterior*, porque los dos principios son contemporáneos. No se puede utilizar el criterio *lex superior* porque los dos principios tienen la misma posición en la jerarquía de las fuentes. No se puede utilizar el criterio *lex specialis* porque las dos clases de hechos regulados por los principios se entrecruzan.

La ponderación es un método de interpretación constitucional que consiste en sopesar dos derechos constitucionales en conflicto dentro de un caso concreto, con el objeto de que atendiendo a los elementos fácticos y particularidades de cada caso, el intérprete constitucional le otorgue una primacía de un derecho por sobre el otro.

Conforme lo destaca Robert Alexy: “La ponderación resulta indispensable cuando el cumplimiento de un principio significa el incumplimiento del otro, es decir, cuando un principio únicamente puede realizarse a costa del otro: para estos casos puede formularse la siguiente ley de la ponderación: Cuando mayor sea el grado de no cumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro”.

La ponderación de derechos en el caso *sub judice*

En este caso nos encontramos frente a la colisión de derechos de personas que se encuentran inmersas dentro de los denominados grupos vulnerables y de atención prioritaria por parte del Estado, en la especie, los derechos de los niños, niñas y adolescentes frente

a los derechos de las personas con discapacidad.

En el caso concreto surgen varias interrogantes: en qué medida la obligación de pagar pensiones alimenticias a una persona discapacitada atenta su derecho a la dignidad?; el principio del interés superior del menor, puede ir en contra del derecho a la dignidad y vida de su progenitor?; en el caso concreto, la obligación de pagar pensiones alimenticias a una persona con un alto grado de discapacidad física puede atentar su derecho a la libertad ambulatoria?;

En qué medida el no pago de pensiones alimenticias por parte de su padre discapacitado atenta el derecho a la vida de la menor de edad?; existen otros mecanismos que aseguren el ejercicio de los derechos de la menor?; y finalmente existe una condición de doble vulnerabilidad de la persona discapacitada en el caso sub judice?

Sin embargo, el grado de restricción o afectación del derecho a la dignidad de las personas con discapacidad física frente a un posible no pago de pensiones alimenticias, resulta ser intensa, en la medida en que el no cumplimiento del pago de pensiones, en este caso concreto, podría generar la privación de su libertad ambulatoria, frente a lo cual, el legitimado activo, para evitar esta situación, se vería obligado a emprender en actividades físicas que empeorarían su condición, atentándose por ende su derecho a la salud e integridad física; por otro lado, al realizar determinadas actividades en busca de recursos económicos le puede ocasionar un atentado a su integridad física al exponerse debido a su incapacidad (subir a buses, o vender artículos en la calle); a través de ciertas medidas lo que se estaría provocando es que el legitimado activo se dedique a la realización de actividades contrarias a su derecho a la dignidad, pudiendo en ocasiones hasta llegar a la mendicidad con el objeto de cumplir su obligación alimentaria..

En contraste con esto nos encontramos con el grado de afectación del derecho a percibir alimentos por parte de la menor, considerando las particularidades de este caso en concreto, toda vez que el establecimiento de una pensión alimenticia equivalente a veinte y tres dólares con quince centavos, no afecta en gran

medida su derecho a percibir alimentos, más se ha considerando que la obligación alimentaria es una obligación solidaria en donde debe intervenir no solo el padre de la menor, sino todo su núcleo familiar y el ente Estatal. A través de los elementos aportados en el proceso se ha podido evidenciar que la madre de la menor, Martha Cecilia Urcuango Anrrango, mantiene un puesto en condición de vendedora en el Mercado Amazonas de la Ciudad de Ibarra, lo cual le ha permitido mantener una congrua subsistencia de su persona y de la menor Neuvelly Vanesa Pandi Urcuango; adicionalmente, la menor cuenta con el apoyo de la Fundación “Child Fund - Ecuador” siendo beneficiaria de uno de sus programas asistenciales, con lo que se demuestra que el derecho de alimentos de la menor se encuentra tutelado de acuerdo a su situación socio económica.

En conclusión, la Corte Constitucional, considerando la ponderación, determina que en el caso concreto los derechos de esta persona con discapacidad y que adolece una enfermedad degenerativa, se superponen al derecho a percibir una pensión de alimentos por parte de la menor, cuyos derechos a la vida y demás derechos propios de su edad, se encuentran garantizados de manera solidaria por su núcleo familiar, el Estado ecuatoriano e instituciones privadas.

Análisis del contenido de acuerdo con los criterios de investigación

En este caso la Corte Constitucional de Ecuador hace un uso racional y son suficiente conocimiento doctrinario del principio o test de la *ponderación*.

Apreciamos que se revela un buen manejo de la mejor doctrina constitucional para abordar un conflicto de derechos ambos importantes, y cuyos titulares pertenecen a grupos de reconocida *vulnerabilidad*, una niña que había reclamado el derecho a percibir una pensión de alimentos relativamente modesta, y la situación del alimentante su padre que es una persona con grave discapacidad y que se encontraba en situación de no poder cumplir con esa modesta pensión de alimentos.

La Corte Constitucional examinó la situación de la niña y de su padre, y ante la colisión de derechos resolvió que no se podía obligar legalmente al padre a que pague una pensión que no podía cubrir. Igualmente se destaca en el fallo que la niña si estaba debidamente protegida en su derecho a la subsistencia, tanto por el trabajo de la madre como por la ayuda en su proceso de educación.

Nuestro comentario: Si bien es verdad que no se trata de un conflicto entre el derecho a la libertad de información y de expresión u opinión vs. el derecho a la intimidad, a la honra o dignidad, lo que nos interesa destacar es que la Corte Constitucional de Ecuador si conoce lo que es el principio de ponderación e incluso menciona expresamente al Prof. Robert Alexy que es para nosotros la figura más descolante en esta temática. De manera que ante el evento de tener que resolver una colisión de principios, si hay el suficiente conocimiento y dominio de la llamada también *ley de la ponderación* para resolver un eventual conflicto.

ANALISIS MEDIANTE EL TEST DE PONDERACIÓN

Recordemos que en el desarrollo de los derechos se ha reconocido la presencia de *derechos de primera generación* identificados como derechos civiles y políticos porque arrancan con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Entre otros: derecho a la vida, integridad física y moral, libertad personal, igualdad ante la ley, libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, libertad de movimiento y de tránsito, a la justicia, a la nacionalidad, a la participación en la dirección de asuntos políticos, el derecho a elegir y ser elegido, el derecho a formar partidos políticos o afiliarse a uno, participación en elecciones democráticas.

Posteriormente se han reconocido los *derechos de segunda generación* que se identifican como Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que pretenden mejorar las condiciones de vida que es responsabilidad del Estado a través de dos vías, la satisfacción de necesidades y la prestación de servicios. Merecen destacarse: la seguridad social, el trabajo, salario justo e igualitario que asegure una existencia acorde a la dignidad humana, el derecho a formar

sindicatos y a ser parte de ellos, derecho al descanso y al tiempo libre, a un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar lo que se traduce en alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica, seguro en caso de desempleo, enfermedad, invalidez y vejez, la protección de la maternidad y de la infancia, la educación, la participación en la vida cultural de la comunidad y el derecho de autor.

Luego se han reconocido *derechos de tercera generación*, en que se consideran los Derechos de los Pueblos o Derechos de Solidaridad que surgen de problemas y conflictos supranacionales como respuesta a la necesidad de cooperación entre las naciones así como dentro de los distintos grupos que las integran. Tienen que ver con problemas del medio ambiente, las guerras, el reclamo de autodeterminación y desarrollo digno de los pueblos indígenas y de las naciones del tercer mundo. Se pretende el desarrollo integral del ser humano, el progreso y desarrollo económico y social de los pueblos, la descolonización y prevención de discriminaciones, el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, la libre determinación de los pueblos (condición política, desarrollo económico, social y cultural), derecho de los pueblos a ejercer soberanía plena sobre sus recursos naturales.

Se dice que hay que admitir la presencia de *derechos de cuarta y quinta generación*, entre los de *cuarta generación* se mencionan los de las comunidades de gay, lesbianas, bisexuales, travestis y transexuales (GLBT) que tienen mucha presencia mediática y formulan reclamos por la vulneración de sus derechos (al matrimonio, a la adopción, a la intimidad, a la dignidad, a la no discriminación, etc.). Hay quienes sostienen un *derecho a morir con dignidad*, reclamando la eutanasia en enfermedades terminales. Entre los *derechos de quinta generación* se mencionan los relacionados con los impactos que las tecnologías de punta producen en la existencia humana pues vivimos en la era de la informática, de la autopista virtual, de la nube digital, del ciber espacio, etc.

La Constitución del 2008 vigente crea un nuevo paradigma al expresar que los principios y derechos son de igual jerarquía, pues

expresa en el artículo 11 numeral 6 que: “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”. En la parte orgánica de la Constitución, aunque implícitamente vamos a encontrar todos los derechos, no hay división por categorías o generaciones. Como hemos expuesto en este trabajo, en casos en que la Corte Constitucional se ha encontrado con una colisión o enfrentamiento de principios como el de celeridad procesal vs. el de inviolabilidad del derecho de defensa, ha ponderado adecuadamente para resolver que de conformidad con el Art. 75 de la Constitución vigente, *el justiciable en ningún caso quedará en indefensión*. (Caso Carmigniani Valencia vs. juez de Tránsito de Durán), o en el caso de los derechos de una niña a alimentos frente a la situación del padre que es persona sin trabajo formal y discapacitado (Caso no 1116- 10), en que resolvió mediante acción extraordinaria de protección con un sólido razonamiento sobre la ponderación, anular la sentencia que ordena el pago de una prestación alimentaria. Recordemos que la madre de la niña tenía un trabajo para mantenerla y la menor gozaba de una beca de estudios por parte de una ONG.

APLICACIÓN DE LA PONDERACIÓN

Para estructurar adecuadamente el contenido del test o juicio de ponderación aplicando el principio de proporcionalidad, en cualquier caso, que debemos examinar, sintetizamos su contenido de la siguiente manera, con un método estratificado es decir de construcción progresiva.

- 1) verificando si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afecta la *legalidad estricta* que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal (*ultima ratio*);
- 2) estudiando si la protección de la reputación de los funcionarios públicos sirve a una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinando, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida;
- 3) evaluando la necesidad de tal medida, y
- 4) analizando la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta garantiza en forma amplia el derecho a

la reputación del particular o del funcionario público mencionado en una publicación, sin hacer nugatorio el derecho del autor de la publicación de manifestar su opinión.

1. ESTRUCTURA FORMULACIÓN DE LA NORMA QUE CONSAGRA LA LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN (LEGALIDAD PENAL)

Conforme ha apreciado la Comisión IDH hay que examinar si se utilizan los delitos contra el honor con el claro propósito de limitar la crítica a un funcionario público. En este sentido, sostuvo que *es negativa la amplitud y apertura que permite que las conductas anteriormente consideradas como desacato sean sancionadas indebidamente a través de tipos penales*. Reconocemos que la mera existencia de los tipos penales cuando se aplican, termina por disuadir a las personas de emitir opiniones críticas respecto de la actuación de las autoridades, dada la amenaza de sanciones penales y pecuniarias. La descripción de las conductas de calumnia e injurias son en muchas ocasiones de mucha ambigüedad y su falta de precisión (legalidad penal) afecta la libre expresión de inconformidades y protestas sobre la actuación de los órganos públicos y de sus integrantes. (Cf. Kimel vs. Argentina. 2008)

Se sostiene que en ocasiones la figura de injurias se refiere a una conducta absolutamente indeterminada con expresiones como *deshonrar* como *desacreditar* a otro, que no describen conducta alguna. En estos casos no existe un parámetro objetivo para que la persona pueda medir y predecir la posible ilicitud de sus expresiones sino, en todo caso, se remite a un juicio de valor subjetivo del juzgador. La figura de calumnia resulta también en muchas ocasiones excesivamente vaga.

La Corte IDH ha señalado que *es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información*. En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en

este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano. La Corte IDH ha señalado que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales.

La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de los jueces, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Las normas que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana.

En el caso *Kimel vs. Argentina* el propio Estado argentino demandado reconoció que, *la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana*. Teniendo en cuenta las manifestaciones formuladas por el Estado acerca de la deficiente regulación penal de esta materia, la Corte consideró que la tipificación penal correspondiente contraviene los artículos 9 y 13.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.

2. FINALIDAD E IDONEIDAD DE LA RESTRICCIÓN

En este paso del análisis, lo primero que se debe indagar es si la restricción constituye un medio idóneo o adecuado para contribuir a la obtención de una finalidad compatible con la Convención.

Los funcionarios públicos, al igual que cualquier otra persona, están amparados por la protección que les brinda el artículo 11

convencional que consagra el derecho a la honra. Por otra parte, el artículo 13.2.a) de la Convención establece que la “reputación de los demás” puede ser motivo para fijar responsabilidades ulteriores en el ejercicio de la libertad de expresión. En consecuencia, la protección de la honra y reputación de toda persona es un fin legítimo acorde con la Convención. Asimismo, el instrumento penal aparece idóneo porque sirve al fin de salvaguardar, a través de la conminación de pena el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo. Sin embargo, no siempre la vía penal es necesaria y proporcional.

3. NECESIDAD DE LA MEDIDA UTILIZADA

Habría que considerar si frente al reclamo del ofendido, el Estado a través de la justicia tiene otras alternativas de protección de la privacidad y la reputación menos restrictivas que la aplicación de una sanción penal. En este sentido, la Corte IDH ha expresado *que la protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público y a través de leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta.*

Para determinar la *necesidad de la medida*, hay que examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas. Reconocemos - como lo venimos sosteniendo desde hace muchos años - que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita. La tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de *última ratio* del derecho penal, previsto incluso en el Art. 195 de la Constitución de Ecuador del 2008. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado.

Tomando en cuenta las consideraciones formuladas hasta ahora sobre la protección debida de la libertad de expresión, la razonable conciliación de las exigencias de tutela de aquel derecho, por una parte, y de la honra por la otra, y el principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática, el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido. La tipificación penal de una conducta debe ser clara y precisa, como lo ha determinado la jurisprudencia de la Corte IDH, en el examen del artículo 9 de la Convención Americana.

4. ESTRUCTA PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA

En este último paso del análisis se considera si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra.

Para efectuar el análisis de la estricta proporcionalidad, hay que examinar los siguientes aspectos:

- a) El grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada.**

Respecto al grado de afectación de la libertad de expresión, hay que considerar que las consecuencias del proceso penal en sí mismo, la imposición de la sanción, la inscripción en el registro de antecedentes penales, el riesgo latente de posible pérdida de la libertad personal y el efecto estigmatizador de la condena penal demuestran que las responsabilidades ulteriores establecidas *son graves*. Incluso la multa constituye, por sí misma, una afectación grave de la libertad de expresión, cuando su cuantía es alta y desproporcionada.

En cuanto a la afectación del derecho a la honra, las expresiones

concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores, están expuestos al debate democrático, a la crítica, al cuestionamiento sin que esto signifique que no tienen protección. Lo que se demanda es un nivel de tolerancia mayor que el que se puede exigir a un particular. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente; no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza. Esto permite que el juez llegue a determinar el grado de afectación como *grave*, *intermedio* o *moderado*, siempre que haga un uso racional del derecho.

b) La importancia de la satisfacción del bien contrario.

En este punto la Corte IDH reafirma que el control democrático a través de la opinión pública fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. De ahí la mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático. Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática, que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público.

Con base en lo anterior, hay que resolver que la crítica realizada sobre temas de notorio interés público, como cuando se refieren a un funcionario en relación con el desempeño de su cargo se concretan en opiniones que no entrañan la imputación de delitos.

c) Si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro.

En el caso Kimel (2008) la Corte IDH observó que el señor Kimel realizó una reconstrucción de la investigación judicial de la masacre y, a partir de ello, emitió un juicio de valor crítico sobre el desempeño del Poder Judicial durante la última dictadura militar en Argentina. La crítica realizada por el señor Kimel estaba relacionada con temas de notorio interés público, se refería a un juez en relación con el desempeño de su cargo y se concretó en opiniones que no entrañaban la imputación de delitos.

Las opiniones vertidas no pueden considerarse ni verdaderas ni falsas. Como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo. En principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos. De allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor.

Hay que estar prevenidos para que la afectación a la libertad de expresión no sea manifiestamente desproporcionada, por excesiva, en relación con la alegada afectación del derecho a la honra. La Corte Interamericana, ha puesto de relieve la importancia del juicio de proporcionalidad y los mecanismos para solucionar en un caso concreto (*Kimel vs. Argentina*) una colisión de principios que están en la propia convención, el derecho a la libertad de expresión y de información (Art. 13) vs. El derecho a la honra (Art. 11), mediante la aplicación del principio o ley de la ponderación.

El ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. Esto implica un proceso de armonización de derechos en donde el Estado tiene un papel medular al establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito; y de no hacerlo entonces resulta fundamental el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana como Tribunal complementario y subsidiario garante de los derechos humanos. Recordemos que en el *caso Kimel* la Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado Argentino por la violación a la libertad de pensamiento y expresión, al principio de legalidad y a las garantías judiciales, todas ellas en relación con la obligación de respetar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, todos contenidos en la Convención Americana.

Un necesario señalamiento

En Ecuador se encuentra vigente la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control Constitucional (R.O. 2do. S. No. 52- X-2009), que en el Art. 3 establece los *Métodos y reglas de interpretación*

constitucional. La propuesta se dirige a tener mecanismos para la interpretación de las normas Constitucionales partiendo de la premisa de que deben ser interpretadas en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda procede la interpretación que favorezca de mejor manera la vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del Constituyente (sic).

Los métodos y reglas de interpretación jurídica valen tanto para la interpretación jurídica constitucional como para la ordinaria o común, y para cumplir este objetivo se prevé en el numeral 1 las llamadas *Reglas de solución de antinomias*, con el siguiente tenor: “Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial o la posterior”.

En el numeral 2 establece el *Principio de proporcionalidad*, manifestando: “Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional”.

En el numeral 3. se consagra la *Ponderación* expresando que: “Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

Destacamos que de lo que se reseña de manera precedente, se infiere inequívocamente que SI tenemos en Ecuador mecanismos a través de los métodos y reglas de interpretación constitucional, para solucionar un conflicto de derechos o una colisión de principios que tienen protección o amparo constitucional. Sirve igualmente en la búsqueda de este cometido acudir cuando fuese del caso a la *interpretación evolutiva o dinámica*, a la *interpretación sistemática*, a

la *interpretación teleológica*, a la *interpretación literal*, y finalmente se puede recurrir a los principios generales del derecho y la equidad, así como a los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación (sic).

Capítulo 7

ENTREVISTAS EN PROFUNDIDAD

Acorde con la propuesta metodológica en la segunda fase del proyecto se ejecutaron entrevistas en profundidad a jueces de Corte Constitucional y a jueces de Corte Provincial con la finalidad de obtener información acerca de su grado de conocimiento y de aplicación de este en la temática investigada y analizada.

Del total de entrevistas propuestas respondieron dos jueces de la actual Corte Constitucional de Ecuador y dos jueces de la Corte Provincial del Guayas.

Las entrevistas realizadas, constan como anexo de esta tesis.

Las variables utilizadas fueron las siguientes:

- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Ecuador
- Desarrollo doctrinario
- Obligatoriedad
- Conocimiento
- Aplicación por parte del juez
- Impedimentos
- Indemnizaciones que debe pagar el Estado
- Observaciones a la Política de Estado
- Observaciones al sistema procesal
- Conminación por incumplimiento

- Necesidad de educación a jueces, fiscales y policías
- Derecho de repetición

Preguntas para los jueces de la Corte Constitucional

- 1.- Como resolvería usted un caso en que se discutan principios convencionales y constitucionales?
- 2.- Qué Ley aplicaría?
- 3.- Como fundamentaría su resolución?
- 4.- Qué valor tiene para usted la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?
- 5.- Qué valor tiene para usted la jurisprudencia de la Corte Constitucional?
- 6.- Que es para usted el bloque de constitucionalidad?
- 7.- Que es para usted el bloque de convencionalidad?

1.- Entrevista al Dr. Antonio Gagliardo Loor MSc. Magistrado de la Corte Constitucional de Ecuador.

Comentario

Hemos podido verificar en esta entrevista:

- a.- Que existe suficiente conocimiento e información sobre cómo resolver una discusión entre principios constitucionales y convencionales, pues manifestó el entrevistado:

“Es importante señalar que el principio convencional –del tratado internacional de DD. HH. –no está violando a la Constitución, sino que, en ciertas circunstancias genera una colisión con un principio constitucional. En este caso, de conformidad con el ordenamiento constitucional ecuatoriano se puede resolver de dos modos:

- i) *Mediante reglas de solución de antinomias, que en su orden son: 1. La competente, 2. La jerárquicamente superior, 3. La especial, y 4. La posterior.*
- ii) *A través del método de ponderación de principios, es decir, se preferirá el principio (convencional o constitucional) que más*

favorezca para adoptar una decisión adecuada en el caso concreto”.

- b.- Un aspecto importante es el de la fundamentación de la resolución, que como sabemos es una de las garantías constitucionales del derecho al debido proceso (Art. 76 n. 7, 1 de la Constitución). La fundamentación que tiene que ver con el razonamiento e inclusive con la argumentación jurídica, no es un problema excepcional o episódico, sino que es más bien un defecto endémico en muchas resoluciones, y en jueces de diferentes niveles. El entrevistado dijo en respuesta a nuestra inquietud, y al desarrollar el principio de ponderación:

“Se presenta cuando el caso puede ser resuelto a partir de dos o más normas jurídicas, por ejemplo, una regla con la otra, un principio contra otro principio o contra un valor, o valores enfrentados entre sí. La forma de resolver varía dependiendo de lo que esté en juego... Para el juicio de ponderación, el artículo 3 numerales 2 y 3 de la LOGJCC ha diseñado el test de proporcionalidad y criterios orientadores de la interpretación constitucional, mediante las cuales se busca ofrecer pautas que permitan justificar la decisión elegida. Se trata de un balance de razones jurídicas y fácticas que permite formular una regla específica para el caso y tomar una decisión razonable a partir de ella. La ponderación se lo realiza a través de los test de proporcionalidad que comprende:

- 1. La idoneidad o adecuación: se refiere la idoneidad del medio utilizado para conseguir el objetivo propuesto.*
- 2. La necesidad: examina cual de los medios utilizados es más beneficiosos para la consecución de tal propósito con igual eficacia.*
- 3. La proporcionalidad: atiende el comportamiento de tales medios en relación con otros principios en juego, es decir, se debe observar que exista más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicio sobre otros bienes o valores en conflicto, en otras palabras, la afectación o no satisfacción de un derecho debe estar en función de la satisfacción del otro.*

El ejercicio de la ponderación les permite elegir el principio convencional o constitucional para establecer una cláusula de excepción a

un principio y decidir el caso, claro está, recurriendo a la interpretación pro ser humano, de aplicación directa y de progresividad de derechos, es decir, quién triunfe en definitiva depende de cómo se resuelva el conflicto, depende de la argumentación”.

- c.- En cuanto al valor de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que es un tema que se sigue discutiendo por el carácter vinculante que se le pretende atribuir, no solo con fuerza inter partes, sino en cuanto a los discutidos efectos *erga omnes* (obligatoria para todos los casos venideros), se reconoció su importancia y se manifestó:

“La jurisprudencia de la Corte Constitucional es un instrumento de generación del derecho objetivo, por tanto, constituye fuente formal del derecho, toda vez que se caracteriza por la obligatoriedad del precedente –PCO-, pues, los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante, horizontal y vertical, de conformidad con el artículo 436 numeral 6 de la Constitución”.

2.- Entrevista a la Dra. Ruth Seni Pinoargote. Magistrada de la Corte Constitucional de Ecuador .

Comentario

- a.- Buscando respuestas a la ley que debe aplicarse para resolver una controversia entre principios convencionales y constitucionales, recordando nuestra posición del carácter preeminente de la Convención frente a la Constitución, la entrevistada destacó la importancia de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, expresando:

“La Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, contempla varios métodos y reglas para efecto de resolver casos donde se necesite interpretar el alcance de las normas constitucionales respecto a un caso concreto; ... es decir, donde se discutan principios convencionales y constitucionales, el ejemplo es muy general

y supongo que estamos hablando de un caso donde se discuten derechos o principios de igual jerarquía (por mandato constitucional en el caso de Ecuador) que deben resolverse en virtud de la regla ya explicada; por lo que, si es así, para este caso en concreto, sería necesario acudir a métodos específicos como el de ponderación o el principio de proporcionalidad, con el fin de interpretar la norma constitucional en el sentido que más se ajuste a la Constitución de manera integral; y de esta manera resolver el problema en base a la fundamentación que corresponda”.

- b.- Hemos destacado en nuestra investigación el valor de la jurisprudencia de la Corte IDH, y en aplicación del *principio de convencionalidad* se puede inferir la obligación de acatamiento en todos los casos posteriores. La entrevistada le otorgó un valor del mismo rango que tienen las que conforman el bloque de constitucionalidad, afirmando:

“Primero hay que definir cuál es la naturaleza de los pronunciamientos de la CIDH; debiendo definirlos, como una manifestación del control de convencionalidad concreto que ejerce esta corte sobre los actos de un Estado miembro. Por medio de este control, la CIDH puede requerir al Estado que modifique o repare el acto si este es contrario a las normas y principios constantes en la Convención Americana de Derechos Humanos; por lo tanto, tiene igual valor que cualquiera de las normas o pronunciamientos que conforman el bloque de constitucionalidad”.

- c.- En el tema del *bloque de convencionalidad*, hemos reconocido su inaplicación porque se le pretende reconocer carácter obligatorio y vinculante a la jurisprudencia solamente para el caso que se resuelve, cuando el desarrollo doctrinario le da una amplitud mayor acorde con el contenido de la Convención. La entrevistada se refirió más concretamente al *control de convencionalidad* y dijo:

“Es una herramienta que se utiliza para verificar que la producción legislativa, normativa, o actos de la administración se ajustan a las normas y principios de la Convención Americana de Derechos

Humanos; es decir, es un control de conformidad de esta producción en relación a las normas y principios de la convención; se realiza de dos formas: mediante el control concentrado ejercido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH; y la segunda, mediante el control difuso realizado por los mismos Estados en el ejercicio de sus propias competencias, de manera interna”.

Preguntas para los jueces de la Corte Provincial

- 1.- Mencione en cuanto casos conoce que se ha condenado al Estado ecuatoriano por violación de garantías de un ciudadano?
- 2.- Cual ha sido la Política del Estado en el respeto a las garantías del ciudadano?
- 3.- Que cambios considera importantes en el sistema procesal para mejorar el respeto a las garantías ciudadanas?
- 4.- Como estima usted que se debe conminar a los jueces para que cumplan con el respeto a las garantías del ciudadano?
- 5.- De qué manera se debe educar a los jueces, fiscales y policías para hacer efectivo el respeto a las garantías de la Convención y de la Constitución?
- 6.- ¿Considera usted que la falta de cumplimiento del derecho de repetición impide un mayor respeto a las garantías de la Convención y de la Constitución?

1.- Entrevista al Dr. Victor Vacca Gonzalez. Juez de la Corte Provincial del Guayas

Comentario

- a.- Como hemos consignado en nuestra investigación, desde el caso Suárez Rosero (1997) son muchos los casos en que la Corte Interamericana de DD. HH ha sancionado al Estado ecuatoriano por graves violación a los derechos humanos, como en los casos Consuelo Benavides (1998), Daniel Tibi (2004), Zambrano Vélez y otros (2007), Chaparro Alvarez (2008), etc.. Nuestro entrevistado reconoció conocer los casos y expresó:

“creo recordar los siguientes casos:

En el año 1997, el caso Suárez Rosero.

En el año 1998, el caso de la profesora Consuelo Benavidez.

En el año 1998, Ecuador aceptó su responsabilidad ante la Comisión (CIDH) en el caso de los hermanos Restrepo.

No recuerdo el año, pero la CIDH, sentenció a Ecuador, en el caso de la niña TGGL, contagiada con VIH, que ingresó al Hospital Universitario de la ciudad de Cuenca, del que fue trasladada a la Clínica Humanitaria Fundación Pablo Jaramillo Crespo.

En el año 2004, el caso Tibi.

En el año 2005, el caso Acosta Calderón.

En el año 2007, el caso Albán Cornejo.

En el año 2007, el caso Salvador Chiriboga.

En el año 2007, el caso Zambrano Vélez.

En el año 2008, el caso Chaparro Álvarez.

En el año 2011, el caso Mejía Idrovo.

En el año 2012, el caso Sarayaku.

En el año 2013, el caso Suárez Peralta.

En el año 2013, el caso Quintana Coello y otros. En el año 2013, el caso Camba Campos y otros."

b.- Una variable importante es encontrar los mecanismos idóneos para mejorar el respeto a las garantías del ciudadano, pues tenemos la mejor constitución de la América hispanoparlante, pero la aplicación en el campo práctico está divorciada del discurso teórico. El operador de justicia entrevistado dijo en relación con este tema:

"El fomento de la publicidad y oralidad (sin restricciones irracionales) en el sistema procesal, sirven para fortalecer el respeto a los derechos humanos; claro está que no basta con las declaraciones en los textos de derecho, de que los procesos son públicos; sino que es necesario, que realmente, se administre justicia de cara al pueblo, permitiendo que los medios de comunicación trasmitan, integralmente, a todos los ciudadanos, como se desarrollan los procesos y como se resuelven las controversias judiciales. Es necesaria la fiscalización y control ciudadano".

c.- Nuestra constitución establece el derecho de repetición (Art.11 n.9) en contra de las personas responsables del

daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. Esta debe ser una buena herramienta si produce el efecto de prevención general (por el temor del precedente) y de prevención especial (para que el sujeto no repita el acto). No se cumple en la realidad con esta obligación, y nuestro entrevistado manifestó:

“Buena parte de la indiferencia de los operadores de justicia para cumplir con el respeto a la Constitución y al Derecho Convencional, es la impunidad de sus conductas, por ello, a los infractores debe sancionárselos, respetando el debido proceso, con la repetición que establece la Constitución y las leyes”.

2.- Entrevista al Dr. Néstor Mendoza Medranda. Juez de la Corte Provincial del Guayas

Comentario

- a) Una de las instituciones mas cuestionadas era la del fuero militar y policial, que desaparece con la Constitución del 2008, y que ha permitido el procesamiento de militares y policías por la comisión de delitos ajenos al ejercicio de su función. Ante la inquietud por la política del Estado en el respeto a las garantías del ciudadano, dijo el entrevistado:

“La política que ha establecido el Estado Ecuatoriano en salvaguarda de los derechos humanos, se ha evidenciado positivamente, tal es así que se está procesando a ex militares y policías por delitos de lesa humanidad, tortura, ejecución extrajudicial, etc. especialmente en el periodo de León Febres Cordero, lo que solo se ha hecho posible con la constitución del 208 y se fomenta con la vigencia del COPIP en agosto del 2014”.

- b) Hemos planteado el tema de los cambios que se deben dar en el sistema procesal para mejorar el respeto a las garantías del ciudadano justiciable, pues no obstante el plexo normativo que puede ser generoso (Código Orgánico de la Función Judicial, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control

Constitucional) no hay un avance importante. Nuestro entrevistado y operador de justicia manifestó:

“El sistema procesal establecido, no establece reglas claras en cuanto a la aplicación de garantías por cuanto hay elementos policiales y operadores de justicia, entiéndase fiscales, y pocos jueces, que no hacen una valoración efectiva y garantistas de las condiciones y derechos de los detenidos a los cuales se los etiqueta como traficantes de sustancias sometidas a control de la ley 108, y por dos o mas gramos sin que esto constituya tráfico ni gran cantidad, los procesan, sin justa causa”.

- c) En cuanto al derecho de repetición que debe ser bien apreciado como un mecanismo de contención para evitar un ejercicio abusivo del poder punitivo por parte del Estado, el juez entrevistado consideró pertinente la propuesta constitucional, afirmando:

“El derecho de repetición que tiene el Estado, es un derecho legítimo desde el punto de vista que no sea una orden de arriba que el juez la cumpla; pero, como ya lo he indicado, si el juez es un incompetente debe asumir la repetición por cuanto no hay disculpa para quien ha pasado privado de su libertad sin justa causa, pues el más alto deber del estado es respetar y hacer respetar los derechos humanos de las personas e inclusive en materia de derechos humanos hacer prevalecer estos últimos sobre la Constitución. art. 436 C.R.E.”

Capítulo 8

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Para organizar las conclusiones obtenidas mediante la información analizada durante el proceso investigativo utilizamos como ejes estructurados los objetivos planteados para el estudio, que integrados y en conjunto nos llevan a alcanzar el propósito general: determinar si el *control de convencionalidad* es suficiente para solucionar en Ecuador el conflicto de derechos que surge de la *libertad de información, de expresión y de opinión* vs. el *derecho a la honra, a la dignidad y a la intimidad de los ciudadanos*.

Podemos afirmar la importancia de:

- 3.2.1. Justificar la aplicación del *control de convencionalidad* para resolver la colisión del *derecho a la libertad de información, de expresión y de opinión* vs. el *derecho a la honra, a la dignidad y a la intimidad* de los ciudadanos, a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- 3.2.2. Desarrollar doctrinariamente un adecuado *control de constitucionalidad* a partir de lo que señala la Constitución en los artículos 11, 75, 76, 77, 172, 417, 424, 425, 426 y 427, y encontrar en la doctrina y jurisprudencia ecuatoriana algún referente si lo hay.
- 3.2.3. Identificar en el *bloque de constitucionalidad* una posible respuesta al conflicto de derechos que surge de la *libertad de información, de expresión y de opinión* vs. el *derecho a la honra,*

a la dignidad y a la intimidad de los ciudadanos.

3.2.4. Aplicar el test o *principio de ponderación* para responder al conflicto de derechos que surge de la *libertad de información, de expresión y de opinión* vs. el *derecho a la honra, a la dignidad y a la intimidad de los ciudadanos* utilizando tres casos.

3.2.5. Valorar la aplicación hipotética de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de DD. HH por parte de los jueces ecuatorianos al resolver casos sometidos a su competencia.

Son válidas las siguientes conclusiones:

Cualquier ciudadano lo cual incluye a un funcionario público, tiene ciertamente derecho a ver protegida su reputación, incluso fuera del marco de su vida privada, pero los imperativos de esta protección deben ponderarse con los intereses del libre debate de las cuestiones políticas, las excepciones a la libertad de expresión requieren una interpretación restrictiva.

Los límites de la crítica admisible son más amplios respecto a un hombre político, contemplado en este carácter, que los de un particular. A diferencia del segundo, el primero se expone inevitable y conscientemente a un control atento de sus hechos y gestos tanto por los periodistas como por el conjunto de los ciudadanos, debe, por lo tanto, mostrar una mayor tolerancia.

Procede distinguir entre declaraciones sobre hechos y juicios de valor. Si la realidad de los hechos puede probarse, los segundos no se prestan a una demostración de su exactitud. La pretendida exigencia de acreditación de la veracidad de los juicios de valor es irrealizable y afecta a la propia libertad de opinión, elemento fundamental del derecho garantizado.

La calificación de una declaración como fáctica o juicio de valor recae, sin embargo, en primer término en el margen de apreciación de los jueces antes que en la apreciación del particular o funcionario público que dice ser afectado o agraviado. Por otra parte, incluso

cuando una declaración equivale a un juicio de valor, debe basarse en una base fáctica suficiente, pues, de lo contrario, sería excesiva. La necesidad de proporcionar hechos que apoyan un juicio de valor es menos rigurosa cuando éstos ya se conocen por el público en general.

Todo individuo que se compromete en un debate público de interés general no debe superar algunos límites, en particular, el respeto de la reputación y los derechos de otros, le está permitido recurrir a una determinada dosis de exageración, o incluso de provocación, es decir, de ser un tanto inmoderado en sus observaciones. Establecer el límite es tarea de los jueces que deben actuar con independencia, conocimientos e imparcialidad.

Cuando se trata de expresiones orales pronunciadas en una rueda de prensa o en una entrevista en vivo, el entrevistado no cuenta con la posibilidad de reformularlas, de perfeccionarlas o retirarlas antes de que se hicieran públicas. Salvo el caso de proceder públicamente a la retractación en los casos que es pertinente.

En el Ecuador y con el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador del 2014, se suprimieron los delitos de injuria y una forma agravada de los delitos contra el honor (desacato) cuando el afectado era un funcionario público como el Presidente, Ministro de Estado, Magistrado, etc., desapareciendo esta forma agravada de los llamados delitos contra el honor tomando en consideración el cargo o status de la víctima. Esto si resultó acorde con la normativa internacional y con la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos y con el sistema europeo que se han examinado.

El Código Orgánico Integral Penal de Ecuador ya publicado como ley, prevé como delitos contra el derecho al honor y buen nombre en el Art. 182 el delito de calumnia, que es la falta imputación de un delito, sancionada con pena de seis meses a dos años. Está prevista la *exceptio veritatis* (la prueba de la verdad) de las imputaciones, salvo en el caso de que la imputación hubiese sido objeto de sentencia ratificatoria de inocencia del procesado, de sobreseimiento o archivo.

El Código Orgánico Integral Penal de Ecuador en el Art. 182 prevé como excusa legal absolutoria los pronunciamientos vertidos ante autoridades, jueces y tribunales, cuando las imputaciones se hubiesen hecho en razón de la defensa de la causa. Así mismo se enerva la responsabilidad penal del autor de las calumnias cuando se produce la retractación antes de proferirse sentencia ejecutoriada. La publicación de la retractación tiene que hacerse a costa del responsable, en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación. La retractación no implica aceptación de culpabilidad.

En cuanto a la sanción, si bien es totalmente legítimo que las instituciones del Estado estén protegidas por las autoridades competentes en su calidad de garantes del orden público institucional, la posición dominante que estas Instituciones ocupan obliga a las autoridades a demostrar contención en el uso de la vía penal. Así se ha propuesto por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión y ha sido acogido por la Corte IDH, señalando que la vía penal debe ser desestimada.

La fijación de las penas es de competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales y una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el ámbito del discurso político sólo es compatible con la libertad de expresión garantizada por la Convención o Pacto de San José en circunstancias excepcionales. En particular, cuando se hayan afectado seriamente otros derechos fundamentales, como, por ejemplo, la difusión de un discurso de odio o incitación a la violencia. Aquí la ponderación nos puede llevar a la responsabilidad penal.

La Convención Americana, en su artículo 13.2, prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión, que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, las cuales no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.

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

Las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático.

Este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público.

La Corte IDH ha expresado que es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de expresión y solamente para lograr los fines que la propia Convención señala. La definición legal debe ser necesariamente expresa y taxativa. No obstante, el grado

de precisión requerido a la legislación interna depende considerablemente de la materia. La precisión de una norma civil puede ser diferente a la requerida por el principio de legalidad en materia penal, por la naturaleza de los conflictos que la primera está destinada a resolver. No puede exigirse que la norma civil, al contrario de lo que usualmente ocurre con las normas penales, prevea con extrema precisión los supuestos de hecho que puedan presentarse; ello impediría que la norma civil resolviera una innumerable cantidad de conflictos que la realidad ofrece en forma permanente y que resulta de imposible previsión para el legislador.

Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana. Así se resolvió en *Almonacid Arellano vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Mencionamos igualmente como importante *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

La Corte IDH ha destacado la importancia de que los órganos judiciales de los distintos países aseguren que los procedimientos internos en los cuales se debate el ejercicio del derecho a la libertad de expresión cumplan con el propósito y fin así como las demás obligaciones derivadas de la Convención Americana. De tal modo, es preciso que en el análisis de los casos tengan en cuenta el umbral diferenciado de protección al derecho a la vida privada consecuencia de la condición de funcionario público, la existencia de interés público de la información y la eventualidad que las indemnizaciones civiles no impliquen una inhibición o autocensura de quienes ejercen el derecho a la libre expresión y de la ciudadanía, lo cual restringiría ilegítimamente el debate público y limitaría el pluralismo informativo, necesario en toda sociedad democrática.

Los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones. Los referidos medios, como instrumentos esenciales de la libertad de pensamiento y de expresión, deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan.

Dentro de este contexto, el periodismo es la manifestación primaria y principal de esta libertad y, por esa razón, no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público a través de la aplicación de los conocimientos o la capacitación adquiridos en la universidad. Al contrario, los periodistas, debido a la actividad que ejercen, se dedican profesionalmente a la comunicación social. El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre responsablemente en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención.

En este sentido, la Corte IDH ha indicado que es fundamental que los periodistas que laboran en los medios de comunicación gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos quienes mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad y el debate público se fortalezca.

Si bien tradicionalmente suele relacionarse el efecto inhibitor con la imposición de sanciones penales por la restricción a un derecho fundamental como es la libertad de un individuo, la aplicación de sanciones civiles, multas, indemnizaciones o resarcimientos también puede generar fuertes restricciones a la libertad de expresión.

La posibilidad de enfrentar responsabilidades ulteriores de carácter pecuniario tiene graves consecuencias para: a) los periodistas, a quienes ningún medio de comunicación les ofrece garantías respecto de su capacidad de pago; b) los medios de comunicación, quienes también serán víctimas del efecto inhibitor frente al peligro de la bancarrota, y c) los investigadores individuales que no forman parte de un grupo de profesionales o no cuentan con un gremio que pueda

respaldar su actuación. Igualmente, las sanciones pecuniarias excesivas rompen cualquier criterio de proporcionalidad cuando se dirigen contra los particulares. Una condena desproporcionada y excesiva, inevitablemente genera un efecto inhibitorio sobre el debate público.

La Corte IDH ha señalado que los funcionarios públicos, al igual que cualquier otra persona, están amparados por la protección que les brinda el artículo 11 convencional que consagra, entre otros, el derecho a la vida privada. Asimismo, el artículo 13.2.a de la Convención establece que “el respeto a los derechos ... de los demás” puede ser motivo para fijar responsabilidades ulteriores en el ejercicio de la libertad de expresión.

En consecuencia, la protección del derecho a la vida privada de toda persona es un fin legítimo acorde con la Convención. Por otra parte, la vía civil es idónea porque sirve al fin de salvaguardar, a través de medidas de reparación de daños, el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo.

La Corte IDH ha establecido el criterio de que para que una restricción a la libre expresión sea compatible con la Convención Americana, aquella debe ser necesaria en una sociedad democrática, entendiendo por “necesaria” la existencia de una necesidad social imperiosa que justifique la restricción.

La Corte Constitucional de Ecuador ha utilizado correctamente el principio o test de la ponderación para resolver una colisión de principios constitucionales, acudiendo a la doctrina especializada sobre el tema, aunque no ha recurrido al precedente de los casos resueltos por la Corte IDH.

Recomendaciones:

Sin duda es recomendable que haya información suficiente sobre el contenido y desarrollo del *control de convencionalidad* pues los jueces de los niveles inferiores muy poco conocen sobre el estado actual de este *control*.

Recomendamos como un imperativo insoslayable la necesaria educación y formación de los jueces de diferentes niveles, en los derechos y garantías que le asisten al ciudadano conforme al llamado *bloque de constitucionalidad*, que implica el conocimiento de la Constitución y de los Pactos, Tratados y Convenios Internacionales, así como de la jurisprudencia e inclusive de las opiniones consultivas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Otra recomendación valedera es que el Estado ecuatoriano cumpla con el derecho de repetición previsto constitucionalmente, en contra de los jueces por cuya violación a derechos y garantías ciudadanas, ha tenido que asumir pagos indemnizatorios ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Es igualmente recomendable que en una próxima propuesta legislativa en Ecuador se suprima del plexo normativo penal el delito de *injurias calumniosas* que se mantiene como tal en el Código Orgánico Integral Penal (2014), pues es contrario al pronunciamiento en el caso *Kimel vs. Argentina* (2008) que en nuestra opinión es un precedente vinculante y con eficacia *erga omnes*.

PARTE III

Guayaquil, miércoles 14 de septiembre de 1988

El Telégrafo

Editorial

Autor: Dr. Alfonso Zambrano

El nuevo censo penitenciario; algunas reflexiones

Se está realizando un nuevo censo penitenciario en la ciudad de Guayaquil, repitiéndose esos “votos piadosos” de los últimos años, que va a poner nuevamente en evidencia publica hechos incuestionables, que han sido ya expresados algunas veces por el autor de esta columna, uno de cuyos opúsculos criminológicos, “ la duración del proceso penal en el Ecuador. Valoración criminológica” tuvo el honor inmerecido de ser publicado por el instituto latinoamericano de las naciones unidas para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente, en diciembre de 1987 en el que analizamos desde la perspectiva de la criminología critica el sistema de administración de justicia penal, y el rol de instrumento de control y dominación política que cumple la cárcel.

¿Qué va a comprobar el nuevo censo penitenciario? Que el clientelismo penitenciario es reclutado de los sistemas sociales de menores recursos económicos. Que la duración del proceso penal en el Ecuador y la institución de la prision preventiva son abiertamente violatorios a los derechos humanos de los reclusos. Que el principio de la igualdad de los hombres ante la ley es un enunciado constitucional hipócrita, porque en nuestro país solo puede prestar una caución excarcelaría quien tiene un determinado status social, económico o político, de suerte que los marginados del proceso de producción capitalista gozan de una igualdad

formal pero no sustancial, pues no tienen tampoco recursos para contar con un eficiente patrocinio legal en el juicio. Que existen muchos presos que han sido beneficiarios de la cárcel pues están prófugos por ser perseguidos políticamente, como en los casos “banco de descuento”, “banco central”, “ecua hospital”, etc. Y que también existen presos políticos como los miembros de “Alfaro vive carajo”, que aunque hubiese apelado a la violencia, mantienen una clara posición ideológica política de rechazo al actual sistema de distribución y reparto desigual de la riqueza en el país, y que tienen el derecho legítimo a juicios justos.

Volveremos a rectificar el repetido discurso, que la cárcel ni rehabilita, ni readapta, ni resocializa, pero como es frecuente que nuestro medio opine sobre determinados tópicos, quienes precisamente menos conocen, resurgirán los permanentes propugnadores de la pena de muerte y del endurecimiento del sistema carcelario, del aumento de las penas etc., aun conociendo que la cárcel ecuatoriana es la negación de la rehabilitación, y que produce en el interno la pérdida de su propia identidad personal, para entrar a formar parte de la subcultura carcelaria. Es que los patibularios y los defensores de la cárcel, ignoran que la cárcel ha cumplido un importante rol en el proceso de dominación y control político, que históricamente como sitio de detención nació para cumplir una función disciplinar en la transición del feudalismo al capitalismo, pues había que hacerle entender al campesino desprovisto de la tierra que no tenía derecho a la propiedad, que debía prestar servicio en la fábrica. De allí surge el paradigma positivista que se mantiene vigente en nuestro medio de la “rehabilitación a través del trabajo”, y como ello es materialmente imposible por la falta de una adecuada infraestructura carcelaria, la cárcel ecuatoriana no cumple otra función que la de privar de la libertad a la gente de escasos recursos económicos, o a los opositores políticos, con la excepción por supuesto de aquellos responsables de determinado tipo de criminalidad convencional que tradicionalmente ha sido reprimida, como los sindicatos por homicidios, violaciones, delitos contra la propiedad, y también a los traficantes de drogas.

La crisis en general de la cárcel se produce porque ya fabrilmente dejó de producir, y los estados modernos que habían seguido ese

modelo se dieron cuenta que el costo de la permanencia de los internos tenía que absorberlo el estado, y como no habían recursos suficientes para ello había de buscar alternativas a la prision, que no es sino la punta de iceberg que es el sistema penal. Surge así el proceso de descarceración y como paso previo a esto la búsqueda de un derecho penal mínimo, que se traduce en la expresión, que el sistema penal debe ser la “última ratio” y no la primera respuesta del estado, que hay que descriminalizar aquellas desviaciones de un bajo costo social, tratando de privatizar los conflictos. Paralelamente en el proceso penal se propende a buscar alternativas al auto de prision preventiva, que se convierte en una pena anticipada, a través de instituciones como la caución juratoria, que permite la excarcelación bajo el compromiso de honor del sindicado de que comparecerá al llamamiento del juez, a no decretar la prision preventiva sino frente a determinados tipos de criminalidad, y a decretar la perecibilidad o caducidad del auto de prision preventiva, cuando el privado de la libertad no ha sido juzgado en un tiempo prudencial y razonable que en ningún caso excederá de dos años. Esto significa que si el estado no llega a la imposición de una condena firme en dos años debe decretar de inmediato la libertad.

Este modelo atricionista, que no implica llegar a la concepción abolicionista de Hulsman, de Steiner o Scheerer, extendida en Holanda, Austria y Alemania, se desarrolla actualmente en un país altamente industrializado como es EEUU. De américa. Ya en 1976 fue expuesto en nueva york por la PREAP (prision reseadch education proyec), y se concretiza en una moratoria en la construcción de las cárceles, descarceración de presos, descriminalización de actividades y constreñimiento solo una minoría. Stanley cohen entiende la atrición como un “desgaste gradual del derecho penal, mediante un proceso de negligencia benigna, hasta que solo se utilice cuando genuinamente no haya otra alternativa. Pero que esperanzas reales tenemos en nuestro medio en el que se ha operado un proceso de regresión, pues frente a los centros penitenciarios se puso a ex policías o ex militares, tratando de convertir a las cárceles en sitios de máxima seguridad, y hasta se ha llegado a institucionalizar la pena de muerte, pues en el art. 45 del código de ejecución de penas y rehabilitación social, se declara impune la conducta del custodio de un interno que para impedir la fuga lo asesina alevosamente

disparándole por la espalda. Un miembro del tribunal de garantías constitucionales formulo un planteamiento de declaratoria de institucionalidad de tal artículo, que aún no se ha concretado. Cosa igual ocurrió con un publicitado proyecto de ley de un legislador de la I.D., con el que se pretendía a temperar el rigor de la cárcel poniendo un límite temporal al auto de prision preventiva, sin que se cumpla lo que fue incluso oferta de campaña electoral según el expreso reconocimiento, que hizo el legislador. Tal vez lo más significativo del nuevo censo penitenciario ha sido la actitud honesta del actual presidente de la H. Corte superior de justicia de Guayaquil, Dr. Luis Herrería Bonnet, que no apelo al estereotipado discurso hipócrita, sino que dijo visiblemente conmovido, “la cárcel necesita un cambio radical”.

Guayaquil, lunes 23 de enero de 1989

El Telégrafo

Editorial

Autor: Dr. Alfonso Zambrano

Libros y reforma carcelaria

En circunstancias en que nuestro país es ya víctima de una espiral inflacionaria sin precedentes, a la que se suma una también peligrosa espiral de violencia estructural, con paros y huelgas de algunos estamentos de la sociedad civil; la sociedad política ha dado marcha a algunos proyectos reformistas que tienen que ver con el sistema carcelario. No se trata de estar en contra de todo lo que significa reformismo y no transformación, pero he aquí algunos reparos a los bien publicitados proyectos de, “libros para todas las cárceles del país”, y de inversión de algunos miles de millones de sucres para mejorar las obsoletas cárceles.

Creo en la buena fe de los reformistas, pero evidentemente hay desconocimiento de la realidad carcelaria y de lo que implica un auténtico proyecto de reforma. El acuerdo interministerial para dotar de miles de libros a los centros carcelarios en el Ecuador suena a un acto de crueldad y de despotismo ilustrado. Sería bueno conocer cuánto va a costar semejante proyecto, que ni siquiera en países industrializados como en EEUU. de América o en la Alemania de la social democracia, son hoy en día practicables. No puedo estar jamás en contra de la cultura, porque creo que una revolución cultural es mejor que una revolución armada, pero los mentalizadores de tan importante proyecto están ignorando la alta tasa de analfabetismo

que caracteriza a las cárceles de los países de la periferia, entre los que lamentablemente se encuentra el nuestro. Si se promueve un censo entre los destinatarios de este millonario proyecto, esto es entre los que constituyen la mayoría de la población carcelaria, seguramente expresarán su oposición, pues muchos no saben leer, son parte de ese 70% de presos sin condena que existen en el Ecuador, viven en condiciones de hacinamiento, promiscuidad, y sin posibilidad alguna de ayudar económicamente a sus familias. Los pocos reclusos interesados por los libros deben ser seguramente los de la clase social y económica alta, que excepcionalmente llegan a la cárcel, pero cuyas familias tienen medios económicos para subsistir y proveerlos de una pequeña biblioteca particular en la propia cárcel.

El otro publicitado proyecto es el de mejoramiento de las condiciones de vida de los internos, actos piadosos y humanitarios al que jamás podríamos oponernos, pero es necesario que los reformadores sepan que la tendencia moderna es a buscar los mecanismos para disminuir el número de internos y no para aumentar la publicación carcelaria, como sugiere la idea de construir nuevos pabellones. Para esto se discute no en secreto, sino con la participación de técnicos sin importar su ideológica o tendencia política, cuales son los medios idóneos para disminuir el número de presos. Las propuestas son varias y enfrentadas a la realidad, las más importantes tienen que ver con la necesidad de la caducidad del auto de prisión preventiva en los procesos penales, cuya durabilidad va más allá de lo que pueda admitirse como un límite razonable, la caución ex carcelaria juramentada, y un gran proyecto de reforma penal que tiene como puntual ideológico, la llamada “contracción al máximo del derecho penal”. Vale decir, que el derecho penal debe proteger únicamente aquellos bienes sociales de mayor costo y emprender un proceso de descriminalización y despenalización que enfrente a la inflación punitiva, que caracteriza la mentalidad de muchos legisladores que se convierten en improvisados penalistas y criminólogos. No menciono la estrecha relación entre aumento de criminalidad y deterioro de las condiciones de vida, porque esto implica sugerir pautas estructurales mucho más complejas.

Me permito recordar que la alta edad media estuvo caracterizada por la imposición de penas pecuniarias, frente a la comisión de delitos sin importar la gravedad de los mismos. Los siglos XV y XVI representan un giro copernicano en el sistema punitivo y la mayoría de los delitos son sancionados con la pena de muerte, y es a finales del siglo XVI, el XVII y el XVIII que surge y desarrolla la pena de prisión como consecuencia de la aparición del mercantilismo. Estos cambios obedecen al surgimiento del mercantilismo y a las posibilidades reales de explotar la mano de obra de los sometidos a prisión; resultó entonces rentable hacerlos trabajar porque se requerían determinados bienes de consumo y el crecimiento demográfico en la segunda mitad del siglo XVI en Europa era incapaz de cubrir el incremento en las posibilidades de empleo. La crisis del mercado de trabajo que determinó que los capitalistas del periodo mercantilistas pudieran obtener fuerza de trabajo solo mediante el pago de salarios altos, llevó a encontrar la fuerza de trabajo de reserva en la cárcel que adoptó el nombre de la casa de corrección, allí la mano de obra era barata.

Hoy la cárcel ya no es rentable por el gran ejército de desocupados que se encuentra fuera de ella. Cuanto bien haría a los reformadores releer VIGILAR Y CASTIGAR (Michael Foucault), y PENA Y ESTRUCTURA SOCIAL (Georg Rusche y Otto Kirchheimer) para comprender desde ya por qué fracasan los proyectos reformistas. Ya veremos a corto y a largo plazo. ¡cuáles serán los resultados!.

Guayaquil, martes 5 de diciembre de 1989

El Telégrafo

Editorial

Autor: Dr. Alfonso Zambrano

Administración de Justicia y Poder Político

La administración de justicia penal, objetiviza la intervención del estado a través de uno de los sistemas de control social formal que es la instancia jurisdiccional, por cuya autonomía y democratización hemos reflexionado es más de una ocasión en otras sede. Ahora se reactualiza la vigencia y legitimidad de tal discurso, cuando se declara concluido el sumario en el "caso banco de descuento" al cabo de treinta meses. Para quienes somos portadores del mensaje de la nueva criminología, no es extraño conocer que el abuso con la prisión preventiva y con la organización del sumario, se transforman en variables decisivas en el momento de resolver por la tendencia del juzgador al justificacionismo legal, esto significa decir que es más fácil para el juez pronunciarse por la condena que por la absolución. La razón que impide generalmente atemperar el rigor punitivo del aparato estatal es incontrastable, hay que dar una explicación satisfactoria a la audiencia social del porqué del abuso con el auto de prisión - que por el tiempo es una contradicción ideológica seguir denominándolo "preventivo" -, hay que legitimar el tiempo que invirtió este sistema del control formal, y en fin hay que mantener vigente la imagen del juez "infalible".

Si damos un salto retrospectivo ubicamos la situación del banco de descuento y de sus directivos, en un momento histórico del que se aprovechó la coyuntura económica-política para liquidarlo y

para apresar a sus directivos. Hoy casi toda la banca ecuatoriana vive bajo el espectro del desencaje bancario y de la falta de liquidez, sin que tal argumento haya llevado a la liquidación de otro banco, y sin que a ningún funcionario oficial se le ocurra siquiera discutir la posibilidad de tal medida porque significaría provocar una psicosis de inseguridad ciudadana frente al sistema bancario. Para el cierre del banco del descuento se racionalizaron los más variados argumentos supuestamente incriminatorios, y se exhibieron a sus directivos como conquistas en “la lucha implacable contra la corrupción institucionalizada”, ejerciéndose todo tipo de presiones contra la función jurisdiccional que perdió transitoriamente su autonomía y la facultad de resolver sin la injerencia del poder político que es el fantasma que socaba las bases de una administración de justicia penal independiente, no de manera meramente formal sino sustancial.

Estando a las puertas del auto resolutorio del sumario, hay que recordar algunos de los argumentos incriminatorios. Se dijo que el banco tenía pérdidas en los últimos cinco años y que había falsedad en los balances para aparentar utilidades que no existían, frente a esto es preciso tomar en consideración que los interventores de la propia superintendencia de bancos que tuvieron a cargo elaborar el cierre del balance el 17 de mayo de 1985, esto es el día en que el banco entró en liquidación, hicieron reflejar en ese balance una utilidad de 22 millones 777 mil 025 sucres. A lo anterior se suma el informe de los auditores de la superintendencia de bancos, presentado el 13 de diciembre de 1985, en el que se hace constar que no han encontrado asientos falsos ni dolosos desde abril de 1980 a mayo de 1985 no mencionó /en detalle/ los informes posteriores de peritos designados por el juez de la causa, pero solo recuerdo que el uno ratifica la inexistencia de delitos y en el otro se hace mención a gestiones bancarias que caen en el campo administrativo y no penal.

Acudir al argumento de la concentración de créditos para mantener vigente la coacción punitiva revela malicia y temeridad, por dos razones fundamentales: a.- tal figura no se adecúa a ninguno de los tipos penales previstos en el ordenamiento punitivo del Estado.

b.- si la llamada concentración de créditos fuese delito, debió sindicarse a todos los beneficiados – que no fue el banco ni sus directivos-, sino determinados clientes que obtuvieron significativos préstamos.

La administración de justicia penal que invirtió treinta meses de su tiempo en buscar la verdad histórica, debe resolver a base de la verdad procesal libre de influencias o presiones políticas. Su decisión compromete la vigencia de su discurso democrático y pone sobre el tapete de la discusión su proclamada independencia!

Guayaquil, lunes 12 de marzo de 1990

El Telégrafo

Editorial

Autor: Dr. Alfonso Zambrano

¿Abdala Bucaram 1992?

Es tiempo para recordar y meditar. En enero de 1988 uno de mis comentarios tenía como título “¿ABDALA BUCARAM MITO O REALIDAD?”, y su sola publicación trajo como consecuencia la más encendidas e injustas acusaciones en mí contra, las que jamás llegaron a lesionar mi ego porque mis reflexiones eran el fruto de quien puede opinar de política sin vivir de ella.

Para quienes no conocieron el contenido del artículo, les hago saber que hacia un análisis del espectro sociopolítico que había permitido a la nueva figura del populismo, efectuar una formidable campaña política que en menos de seis meses había llegado a captar un electorado de más de un millón de votos.

Reconocí que Abdalá Bucaram era un político hábil e inteligente y como no se trataba de un perfil psicológico de su personalidad no estaba obligado a revelar sus debilidades: también recordaba una anécdota con Abdalá, que años atrás me había manifestado en una visita a mi estudio profesional, “estás hablando con el futuro presidente de los ecuatorianos”, y concluía en el comentario periodístico de marras con esta reflexión. ¡No sé si será en esta ocasión o en la próxima!

Bueno, como nos encontramos casi a mitad del camino político de la próxima gran contienda electoral - me refiero a la de 1992,

es preciso meditar y aceptar como lógicamente probable que los orientadores políticos de los partidos mal llamados de centro izquierda (en la jerga política marxista solamente hay izquierda y derecha), identificados con la social democracia o la democracia cristiana, trataran de fracturar el discurso político del populismo costeño con un enfrentamiento del PRE con los socialcristianos, pues de no optar por esta vía el próximo presidente ecuatoriano lo pondrá la costa, y es difícil que la ID o la DP tengan en estos momentos un candidato que “barra” con el electorado del litoral. ¡Si lo tienen que lo presenten!

El aviso es necesario porque se está alimentando “el canibalismo costeño”, frente al temor del síndrome del populismo que sigue vigente en el Ecuador petrolero y subdesarrollado de 1990. La llamada derecha tomo carta de naturalización en la costa ecuatoriana, en franca contradicción con el discurso histórico que tradicionalmente la ubicó en el callejón interandino, en el que se caracterizó por ser extremadamente conservadora. Esa era una derecha de “golpes de pecho, misas y comuniones”. La nueva derecha costeña es populista, prepotente, insultadora, reclamona y bochinchera; y por ello gana su propio espacio político.

Las elecciones de 1990 permitirán tener una mejor proyección de cálculos electorales futuros. Los epígonos y tributarios permanentes afirman que el oficialismo consolidará sus posiciones en el congreso nacional venidero; esta es una forma de darle respiro a aquellos jueces que se convirtieron en sicarios de la justicia. ¿Pero y si les falla “la gran jugada”, que es igual a “la gran sapada”?

No creo que la justicia esté en llamas porque algunos magistrados se hayan convertido en las mesalinas del poder de turno. Conozco de magistrados serios y honestos que por encima de sus convicciones ideológicas y políticas resuelven pretendiendo que se haga justicia mediante una correcta aplicación del derecho. Estoy convencido que aquel juez que falla dolosamente al margen de la ley ¡es otra de las odaliscas del poder político!

Todavía no asimilo como criminólogo crítico, la legitimidad de un sumario que dura CINCO AÑOS como el que se sigue contra

Abdalá Bucaram, que se ha convertido en la mejor expresión de lo que es violar el derecho de defensa, de lo que implica conocer el pacto de derechos civiles y políticos; y la convención americana de derechos humanos que consagran el derecho de toda persona a ser juzgada en el plazo razonable o a ser puesta en libertad.

Si la sindicación y presión en contra de Abdalá Bucaram era una estratagema política, les salió “el tiro por la culata”, pues su imagen sigue vigente y hoy es realmente una víctima del abuso del poder, que se utiliza en contra de los opositores políticos y no solamente como dice un destacado periodista, en contra de la clase de escasos recursos económicos. Esta es una variable ¡pero no la única!

La xenofobia de algunos comentaristas debe parar, para que no les ocurra lo mismo que a quien debatió con Henry Raad Antón, que luego de haber sido apabullado se colocó sumisamente una gorra de “Guayaquil protesta”. (Para los que despiertan tarde, esto ocurrió en el noticiero de Carlos Vera de gama visión, el miércoles 21 de febrero de 1990). ¡Pobre doctorcito S...!

El telón sigue abierto, y Abdalá Bucaram sigue galopando a lomo de la última década del siglo 20 para ser presidente de costños y serranos, en este Ecuador periférico. ¡Admito que en las dos últimas elecciones vote por los candidatos que perdieron, no sé si esta vez me abstenga de votar!

Guayaquil, 18 de octubre de 1990

El Telégrafo

Editorial

Autor: Dr. Alfonso Zambrano

Administración de Justicia y Reforma Estructural

En circunstancias en que se sigue discutiendo la legitimidad de la reorganización de la función jurisdiccional mediante un simple acuerdo de una mayoría parlamentaria precaria; aparece un hecho de insoslayable importancia, que es viabilizar las posibilidades de un profundo cambio estructural en la administración de justicia en el Ecuador.

Parece que lo más importante de esta reanimada pugna de poderes, es la toma de conciencia en la necesidad de cambiar las estructuras caducas! Ha sido indispensable la abierta disputa por captar la corte suprema, para que se reactualice la urgencia del cambio de leyes y sistema!

En referencia exclusiva al derecho penal y procesal penal manifestado en apretada síntesis:

Reflexiones alternativas: debe desmitificarse el criterio de que el derecho penal es el derecho igual por excelencia porque; 1.- no defiende todos y cada uno de los bienes en que están interesados todos los ciudadanos. Castiga las ofensas a bienes esenciales excepcionalmente, con intensidad desigual y de manera fragmentaria. 2.- el status socio-económico y político es decisivo en el proceso de criminalización que opera con criterio de selección positiva o nega-

tiva. 3.- la selección clasista y en función del poder político determina el grado efectivo de la tutela y distribuye status de criminal, al margen del daño social de las acciones y de la gravedad de las infracciones.

Proyecto alternativo: sugerimos la conveniencia de pautas, genéricas, tentativas y superables. Para: a.- reducir el radio de acción del sistema penal mediante una contracción al máximo del derecho penal (descriminalización de delitos que protegen penalmente determinadas obligaciones civiles: giro de cheques sin fondos, ley de venta con reserva de dominio, ley de prenda especial de comercio). Suprimir penalización de estados peligrosos como tenencia de ganzúas, vagancia, proxenetismo, homosexualidad, rufianería. B.- Limitar al máximo las medidas restrictivas del derecho a la libertad. C.- tutela efectiva de las garantías individuales que son sistemáticamente violadas, humanización del sistema penal.

Algunas propuestas para defender al derecho a la libertad:

1.- la caducidad o perecibilidad del auto de prisión del auto de prisión preventiva. Un ex - legislador de la I.D. hizo una propuesta en tal sentido, determinando un plazo prudencial y razonable para ser juzgado o para ser puesto en libertad. Lamentablemente luego se "olvidó" de su proyecto. 2.- recurso de amparo de libertad de oficio (mediante la revisión por tribunales superiores del auto de prisión preventiva o por mediación del ministerio público). 3.- procedencia del recurso de amparo, esté o no privado de la libertad (ej. En el caso de estar prófugo). 4.- la institución de la caución juratoria. 5.- ampliación de la garantía procesal (no se debe dictar auto de prisión preventiva, cuando pena no exceda de dos años).

6.- limitación efectiva del sumario declaratoria de sanción de nulidad de actos procesales que se practicaren extemporáneamente.

7.- confirmación ipso iure (por imperio de la ley), del sobreseimiento provisional o definitivo cuando el tribunal de alzada no resuelva en un plazo perentorio no mayor de dos meses, el sobreseimiento o la consulta.

8.- acortamiento de plazo de prescripción de la acción penal (por

ej. Que no exceda de cinco años, partiendo de un mínimo).

9.- supresión del recurso de apelación del llamamiento a juicio plenario.

10.- confirmación ipso iure de las sentencias absolutorias que no hubiesen sido confirmadas por el superior en un plazo fatal que no debe exceder de sesenta días.

Conclusión: La economía política del delito y de la pena revela un connubio ilícito entre el poder político y el poder jurisdiccional, que determina una aplicación de la ley a las clases subalternas. También hay un connubio ilícito momentáneo cuando se trata de perseguir a los enemigos u opositores políticos, esto es a quienes les disputan el poder ¡esta es parte de la historia no contada de la administración de justicia!

Guayaquil, miércoles 24 de octubre de 1990

El Telégrafo

Editorial

Autor: Dr. Alfonso Zambrano

Un centauro político llamado Abdalá

¡Abdalá Bucaram no ha muerto! ¡Tiene un privilegio personalísimo e intransferible en la política ecuatoriana de la década agonizante del siglo XX! ¡Abdalá es la expresión más pura del populismo con una no extraña dosis de nacionalismo!

No soy regionalista, pero ese pedazo de alma pura (que por fortuna conservo) se afecta cuando comprendo bien que en este pequeño país de la periferia capitalista, tenemos una irreconocible pugna ideológica interna costa-sierra o viceversa. Aun los autodenominados dignos del congreso nacional deben sumar a la cruz manifiesta de su incapacidad (por la ausencia de praxis política) el inri de un inequívoco involuntario mercenarismo político gratuito.

Mientras se produce una mayoría parlamentaria que autoafirma que no está pegada con saliva, sigue creciendo la figura política de Abdalá que briosamente apunta a ese gran sueño terrenal que es la presidencia de 1992. Una muestra más de la habilidad política del polifacético líder es la propuesta de un eventual enfrentamiento con un político que representa a la derecha serrana; pues sabe bien que una confrontación con un populista de la derecha costeña los debilitaría a ambos.

Abdala alimenta la vigencia del populismo, que es parte de la

idiosincrasia política tercermundista de la periferia. Nuestro país ha sido muy afecto al populismo y al mesianismo político al extremo de llevar a la presidencia de la mini república por cinco ocasiones al Dr. Velasco Ibarra, que tenía un claro discurso contrario a los programas de gobierno y más afecto a satisfacer las demandas populares de trabajo, vivienda y asistencia social, escolar y hospitalaria.

La seudo democracia socialista del gobierno presente –o si prefieren lo denominaré como la social democracia gobiernista– terminó por autoalimentarse de su propio estiércol. Llamada a ser la gran respuesta histórica al populismo: publicitando programas de gobierno a largo plazo, lo que se traducía en proyectos políticos que se debieron articular con la realidad del momento; se ha convertido en la gran farsa presente. Ya no se trata del “lleve en mano” sino del “lleve como pueda porque no hay otra”.

Aunque en lo personal siga predicando la heterodoxia política, esto es la desconfianza en todas propuestas de cambio y transformación social que se publicitan en nuestro país, debo admitir la vigencia del populismo con una virtud ya desconocida en esos días, que es la de su honestidad política. ¡Definitivamente Abdalá ha madurado y esta para cosas mayores! Abdalá está en la senda correcta del populismo.

Voy a explicar porque hago esta afirmación que a algún débil mental moleste: me he referido al populismo con una serie de símil a la ideología y movimiento de la intelectualidad democrática que no pertenece a los paniaguados gobiernistas. Por otra parte si la respuesta de cambio radical de Abdalá Bucaram es real no hay que darle la oportunidad.

Por el momento les recuerdo que los populistas revolucionarios son los partidarios del derrocamiento de la autocracia mediante la revolución de las clases subestimadas, a esto debe sumarse, la convergencia de las comunidades campesinas. En el campo de la realidad del momento hay que poner en el terreno de juego lo que está ocurriendo con el “huracán político”, que es Abdalá Bucaram. Hombre perseguido por cinco años, con continuos

pronunciamientos y un odio intestinal del gobierno que ya despidió a la “chilindrina” y a “quico” y se reservó para mejores momentos al “chavo”, a riegos de sufrir mayores lesiones. En todo caso el derecho a jugar a los aviones, barquitos de guerra y a gran capitán de la costa ecuatoriana es un privilegio presidencial.

Tiene tiempo Abdalá para conformar un equipo de asesores que haga creíble un programa de gobierno en todos los niveles, que cuente con la aceptación ciudadana. ¡La gran catarsis política del momento se llama Abdalá Bucaram! ¡El loco no ha muerto y cabalga al palacio presidencial! A sus espaldas lo protege la sombra del Cid Campeador que monta el caballo de las ilusiones.

Guayaquil, viernes 28 de diciembre 1990

El Telégrafo

Editorial

Autor: Dr. Alfonso Zambrano

Amnistía Internacional: Informe 1990

Con un poco de retraso nos llegó el informe de amnistía internacional 1990. En este informe se expone el trabajo de A.I y los temas que le preocuparon en todo el mundo en 1989, incluyendo la problemática de los derechos humanos en el Ecuador.

Amnistía internacional es una organización independiente de todo gobierno, ideología política o credo religioso, como tal desempeña un papel muy importante en la protección internacional de los derechos humanos. La actividad central se dirige a los presos. A.I. trata de obtener la liberación de los presos de conciencia, vale decir, de las personas que se encuentran encarceladas en cualquier lugar del mundo a causa de sus convicciones, color, sexo, origen étnico, idioma o religión, siempre que no hayan recurrido a la violencia o abogado por ella.

Procura que se juzgue con prontitud e imparcialidad a todos los presos políticos, se opone sin reservas a la pena de muerte, tortura y a toda pena o trato cruel, inhumano o degradante. La organización no apoya ni se opone a ningún gobierno o sistema político, ni tampoco apoya o se opone necesariamente a las opiniones de los presos cuyos derechos trata de proteger. En cada caso particular pretende defender los derechos humanos, sea cual fuere la ideología de los gobiernos o las convicciones de las víctimas. Por principio

condena la tortura en todas sus formas y la ejecución de presos o cautivos perpetrada por cualquier persona o grupo, incluyendo los de oposición.

Amnistía internacional cuenta con más de 700.000 miembros, suscriptores y simpatizantes en más de 150 países y territorios, y con unos 4.150 grupos en 63 países distribuidos entre África, América, Asia, Europa y oriente medio. Mantiene relaciones de trabajo con el consejo económico y social de las naciones unidas (ECO-SOC); la organización de las naciones unidas para la educación, la ciencia y la cultura (UNESCO); el consejo de Europa; la organización de estados americanos (OEA) y la organización de la unidad africana (OUA).

Ninguna sección, grupo o miembro es responsable de las actividades o declaraciones de amnistía internacional sobre su propio país. No obstante, en algunos países como Perú se han producido atentados terroristas en contra de la sede de la sección o de sus miembros.

En el capítulo destinado a Ecuador en el informe 1990, textualmente se expresa (p.112-113):

“continuaron recibándose informes de torturas y malos tratos perpetrados por fuerzas policiales en todo el país. De las más de 10 muertes ocurridas bajo la custodia de la policía o las fuerzas de seguridad, parece ser que cinco fueron consecuencia de torturas o malos tratos. Una comisión del congreso concluyó que una víctima de desaparición en 1985 había muerto a manos de miembros de la armada y de la policía mientras se encontraba detenida. El gobierno no aclaró otras desapariciones que se produjeron en años anteriores.

Según parece, miembros del ejército y de la policía maltrataron a numerosos indígenas y campesinos en el contexto de conflictos por la posesión de tierras...”.

“en noviembre, amnistía internacional escribió al presidente Rodrigo Borja expresando su preocupación por los informes de torturas y malos tratos que en algunos casos provocaron muertes

bajo custodia, y solicitando que se llevase a cabo una investigación exhaustiva e imparcial de los hechos. A finales de año no se había recibido respuesta alguna”.

La versión en español del informe 1990 de amnistía internacional que cuenta con 368 paginas, ha estado a cargo de la editorial amnistía internacional (EDAI) de Madrid, España, y es un valioso y serio documento en la conflictiva y discutida área de los derechos humanos.

Guayaquil, miércoles 14 de junio de 1991

El Telégrafo

Editorial

Autor: Dr. Alfonso Zambrano

Plan bienal de justicia. ¿Dictadura o democracia?

Han pasado ya algunos meses desde que se publicara lo que el Dr. Walter Guerrero Vivanco, presidente de la corte suprema de justicia del Ecuador, denominara y publicitara como **Plan Bienal de Justicia**. Nuestro personal silencio luego del primer comentario (publicado el 18 de abril de 1991), tenía una lógica explicación, que fue medir el nivel de aceptabilidad de tal plan e identificar al o a los ideológicos del mismo. Llega el momento de insistir sobre el tema, por muchas razones que así lo ameritan, pues hoy se conoce de acuerdo a publicas manifestaciones de Walter Guerrero, que se han conformado, incluso comisiones de legislación o comisiones redactoras de los nuevos códigos penal y de procesamiento penal, conformados por destacados miembros del foro ecuatoriano que han sido convocados por Guerrero Vivanco.

Preocupa que el trabajo encargado a destacados y reconocidos especialistas en el campo penal y procesal penal, no sea discutido en forma amplia como corresponde a la vigencia de un estado social y democrático de derecho. De acuerdo con la publicidad que Walter Guerrero Vivanco le dio a esa comisión, con justificada satisfacción yo leí que Efraín Torres Chávez era uno de los prestigiosos expertos consultados.

Con Efraín Torres Chávez me unen intereses comunes desde hace algunos años, y por eso puedo expresar que coincidimos con algunos aspectos como la desmitificación de que el derecho penal es el derecho igual por excelencia: porque no defiende todos y cada uno de los bienes en que están interesados todos los ciudadanos, porque castiga las ofensas a bienes esenciales excepcionalmente con intensidad desigual y de manera fragmentaria y porque el status socioeconómico y político es decisivo en el proceso de criminalización que opera con criterio de selección positiva o negativa, a lo que hay que agregar que la selección clasista y en función del poder político determina el grado efectivo de la tutela y disminuye los status de criminal, al margen del daño social de las acciones y de la gravedad de las infracciones.

Efraín sabe mejor que yo que un proyecto alternativo en materia penal sugiere entre otros aspectos la convivencia de reducir el radio de acción del sistema penal mediante una contracción al máximo del derecho penal. Esto se traduce en la descriminalización de delitos que protegen penalmente determinadas obligaciones civiles como el giro de cheques sin fondo, venta con reserva de dominio, prenda especial de comercio, en la despenalización de estados peligrosos como tenencia de ganzúas, vagancias, proxenetismo, homosexualidad, rufianería, en la limitación al máximo de las medidas restrictivas del derecho a la libertad, y en la tutela efectiva de las garantías individuales que son sistemáticamente violadas, irrespetándose los derechos humanos.

A manera de colorario transitorio, porque pretendo dedicarme al tema con exclusividad justificada, consigno algunas propuestas para defender al derecho a la libertad:

- 1.- Caducidad o perezibilidad del auto de prisión preventiva. Esto significa que toda persona tiene el derecho a ser juzgada en un tiempo prudencial o razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva no puede exceder de dos años.
- 2.- Recurso de amparo de libertad de oficio (mediante la revisión

por tribunales superiores del auto de prisión preventiva o por mediación del ministerio público).

- 3.- Procedencia del recurso de amparo, este o no privado de la libertad (Ej. En el caso de ser prófugo).
- 4.- la institución de la caución juratoria y la ampliación de la garantía procesal (no se debe dictar auto de prisión preventiva, cuando la pena no exceda de dos años).
- 5.- limitación efectiva del sumario, con declaratoria de sanción de nulidad de actos procesales que se practicaren extemporáneamente, así como confirmación ipso iure (por imperio de la ley), del sobreseimiento provisional o definitivo cuando el tribunal de alzada no resuelva el sobreseimiento o la consulta, en un plazo perentorio no mayor de dos meses.
- 6.- acortamiento del plazo de prescripción de la acción penal y supresión del recurso de apelación del llamamiento a juicio plenario. Confirmación ipso iure de las sentencias absolutorias que no hubiesen sido confirmadas por el superior en un plazo fatal que no debe exceder de setenta días.

¡Ojalá que en esta ocasión pongamos la cara frente al espejo!

Guayaquil, miércoles 19 de junio de 1991

El Telégrafo

Editorial

Autor: Dr. Alfonso Zambrano

Interpretaciones interrogantes y aplicaciones penales

Cuando se sigue insistiendo en la urgencia de reconocer la pérdida de credibilidad no solo en el sistema sociopolítico en general, sino en el sistema judicial en particular, aparecen (aunque no con la frecuencia deseable) actos y manifestaciones del intelecto, que de alguna manera nos devuelven el optimismo.

Sería iluso afirmar que toda la administración de justicia se va a oxigenar por el trabajo de uno de sus miembros, como sería igualmente injusto generalizar sin excepción alguna, que todos los jueces y magistrados son responsables de las graves e irreversibles debilidades de una justicia, que es cada vez más irreal.

Víctor Manuel Almeida Sánchez, juez de lo penal del Guayas, es el autor de interpretaciones, interrogantes y aplicaciones penales, Tomo I y Tomo II, editados en 1991 en Guayaquil que se encuentran ya en circulación desde hace algunas semanas. Conociendo que en nuestro medio se alimenta con facilidad al intelectual y a la intelectualidad *mediocre*, debemos admitir la valentía de Víctor Almeida de publicar trabajos de su especialidad, que es probable que encuentren sus primeros críticos en aquellos que no han sido capaces de publicar jamás nada.

Con la madurez que inequívocamente proporciona no solo el

transcurso del tiempo, sino la dedicación al estudio, a la consulta, a la investigación y a la propia reflexión Víctor Manuel Almeida Sánchez, nos hace partícipe de dos tomos de lo que debe ser justamente apreciado como un valioso *diccionario de derecho penal, proceso penal y criminología* en los que nos entrega su propio criterio y el criterio que ha encontrado en la investigación doctrinaria y jurisprudencial.

En nuestro medio, salvo alguna excepción, no encontramos trabajos de este tipo, que está marcado por la huella fácilmente reconocible del gran esfuerzo interdisciplinario que debió efectuar su autor para encontrar la respuesta adecuada y precisa a las múltiples interrogantes que seguramente se debió plantear para su consumo intelectual interno, y que luego decidió ponerlas a posición de terceros.

El autor es un experimentado juez de área penal, con veinte años en la prestación de servicios de diferente jerarquía que le han permitido llegar por mérito propio a su actual cargo. Esta obra que se suma a los tribunales penales (1984) y al sobreseimiento y la sentencia (1987) refleja con mayor nitidez tanto su experiencia en la judicatura, como el aprovechamiento positivo de esas pocas veces comprendida labor silenciosa de la investigación reflexiva, que sueña como a gran secreto de los intelectuales.

Víctor Manuel Almeida ha seguido en su reciente obra el discurso dialectico de la pregunta (tesis), de la controversia por las posiciones en pro y en contra (antítesis), y de la respuesta (síntesis). Esta apreciación surge de la metodología utilizada con habilidad, que va de los cuestionamientos sencillos que encuentran respuestas como el recurso de la mayéutica, hasta las interrogantes que tanto en el campo sustantivo (derecho penal) como en el adjetivo (procedimiento penal) demanda de un mayor trabajo de citas doctrinaria y jurisprudencial, y de exposición de criterios del autor del texto.

A la incuestionable importancia practica que se pueda encontrar en este trabajo, que refleja el esfuerzo de un juez que en el decurso de su actividad aprendió a entender lo que es el derecho en acción, hay que agregarle su preocupación por auscultar criterios de diferentes autores en materias insolublemente emparentadas o

correlacionadas -penal, procesal penal y criminológica- que los utiliza con propiedad y claridad.

Como toda obra humana es perfectible, y así lo reconoce el autor, que al tiempo de la aparición de esta obra regenta las cátedras de derecho penal y procesal penal en la universidad laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil.

Guayaquil, jueves 15 de agosto de 1991

El Telégrafo

Editorial

Autor: Dr. Alfonso Zambrano

La coca nostra

Bajo el título que precede muchas cosas pueden escribirse. Aquí tienen cabida desde los arrebatos histéricos de quienes siguen discutiendo en torno a la bizantina controversia de la claridad conceptual terminología, porque es anti técnico utilizar el término “narco”, hasta las discusiones de avanzada, de lo que al término de sus vidas han encontrado en la pena de muerte la caleta final de sus últimas reflexiones.

PERO, el discurso de la droga sigue vigente e imparable al punto de que hoy se sabe si “don Pablo” (léase Pablo Escobar Gaviria) está preso, o si está preso el gobierno colombiano. La problemática colombiana no puede ser pintada con cuatro líneas abortadas de tintero fresco, pues quien así pretenda bosquejar el problema de la droga en Colombia, o se pasa de torpe por desconocimiento, o es el gran vivo de la película que se suma a los epígonos que están empeñados en reciclar todo el discurso tradicional punitivo.

En el pequeño paisito ya se presentaron los brotes bienintencionados de los que quieren descubrir el gran secreto del “lavado de dólares”. Creo – sin documento a la mano – que en el Ecuador se “lavan” más de los 400 millones de dólares que histérica (o históricamente) se denuncian. ¿Qué van a conseguir? ¡NADA!.

¿Por qué por las razones que si conoce bien Fernando Larrea, que sabe lo que son los “paraísos fiscales”, en las islas Caimán, Aruba, Curacao, Las Antillas, Dominicas, Las Bahamas. Etc., Etc., etc., En las que la apertura de una agencia bancaria cuesta desde dos mil hasta diez mil dólares, no me refiero a la apertura de una cuenta de depósitos monetarios sino al permiso operativo de una agencia bancaria. ¿De qué viven estas filiales bancarias? ¡Del “lavado de los dólares”!

No pretendo hacer “narco defensa” de la “narco economía”, pero el ejemplo colombiano es la mejor muestra del poder político y económico de la droga que ha puesto de rodillas al gobierno no por cobardía sino tal vez por conveniencia. Colombia negoció la paz ciudadana permitiendo a “don Pablo” que se construya su propia cárcel. Yo he visto en nuestra paupérrima cárcel como saludan los directores a los “mini capos” que tienen como cuarta y definitiva instancia la “ley de fuga”, no para que los maten sino para seguir disfrutando de libertad.

Casi todo está dicho entorno a la sociopolítica de las drogas, pues hasta hemos caído en el espejismo de las ilusiones de creer que el problema era “legal”, vale decir, que necesitábamos, una mejor ley. Pero ya la tenemos sin que pragmáticamente encontremos nada positivo.

“la coca nostra” es el título del último libro del periodista colombiano Fabio Castillo (Bogotá, editorial documentos periodísticos, 1991, 347 paginas), que es a nuestro entender la continuación de “Los Jinetes de la Cocaína” del que se calcula una circulación de 300 mil ejemplares en el mundo hispanoparlante. Fabio no necesita de esta publicidad gratuita, pero si del afecto, solidaridad y respeto por su valor en denunciar el mundo subterráneo de la droga.

Sin comentario reproduzco este párrafo de la ultima obra de Fabio: “como en el martirio de Sísifo, Colombia parece condenada a revivir por cuadrienios las consecuencias del narcotráfico. Cada nuevo presidente de la republica deshace lo poco que avanzó el anterior y traza luego un amago de estrategia de perfil bajo, hasta cuando los narcotraficantes asesinan a algún personaje. Entonces viene de nuevo la declaratoria de guerra y la sociedad inerme

soporta los ataques de las bandas de sicarios que protegen los intereses de los grandes capos” (ob. Cit. pág. 281)

Como casi siempre se buscan respuestas en el caso específico de las drogas, mencionamos algunas posibilidades alternativas:

1.- la confiscación de capitales y bienes de los narcotraficantes. 2.- el levantamiento del “sigilo bancario” para poder explorar esas cuentas dudosas. 3.- el control de las inversiones en los “paraísos fiscales” en los que es reciclado y “lavado” el narco dólar. 4.- la adopción de políticas serias y honestas en la producción y venta de los precursores químicos para la elaboración de la cocaína. El éter y la acetona tienen como primeros productores a EEUU., Holanda y Alemania. 5.- la sustitución y el subsidio de los cultivos tradicionales de la hoja de coca como la única manera de creer honestamente en el discurso anti drogas de la administración “Bush”.

Hace unos meses y mientras estaba de visita en Bogotá vi una caricatura en la que un niño le preguntaba a un viejito: “abuelito ¿y cuando los gringos van a legalizar la cocaína?”. Y el abuelo le respondía “cuando la produzcan mi hijito”.

Guayaquil, lunes 5 de agosto de 1991

El Telégrafo

Editorial

Autor: Dr. Alfonso Zambrano

Rambomanía, policía y mucho más

El despliegue de fuerza que el miércoles 24 de julio hizo gala la Comisión de Tránsito del Guayas cuyos efectivos siguen persiguiendo a los humildes ciudadanos que se “atreven” a transportar en frágiles motocicletas a sus hijos y mujer al trabajo, me hizo recordar que vivimos en una sociedad “rambomaniática” falsa, hipócrita y cobarde, pues a la vuelta de la esquina los delincuentes violentos siguen asaltando, violando y matando impunemente.

El último fin de semana recibí frescas lecciones de filosofía vivencial de un maestro que es mi padre, Hermógenes o “don Hermo”, como lo llamamos quienes hemos recibido y seguimos recibiendo las lecciones socráticas que han ido puliendo los años, el mar y la arena. Mi padre me expresó de cara a la realidad, si acaso no era justo que pensara en la pena de muerte como la única respuesta legítima frente a la victimización de uno de mis hijos, al punto de llegarme a decir que si tal infortunio se diera él no acudiría a la justicia tradicional o formal, porque es desconfiable y corrupta. Me recordó la tradición familiar y el concepto del honor que se ha ido fraguando por generaciones en la campiña manabita que es irrebatible y permanente.

A pesar de lo discutido, mi discurso abolicionista frente a la pena de muerte no ha cambiado nada y sigue vigente, al punto de seguir

predicando la falta de evidencia empírica de su efecto aparentemente disuasor. Mi experiencia cognoscitiva me lleva a admitir que en una consulta el sentimiento popular se pronunciaría por un aumento de las penas. Tal vez solo quede un párrafo reflexivo en torno a la punibilidad, que es el que tiene que ver con la falta de disuasión de la severidad penal en todos los países que han intentado esta respuesta desesperada.

Voy a repetir una propuesta ya publicitada. Si el aumento de las penas es considerado como una necesaria respuesta de emergencia, no nos quedemos cortos, ¡reimplantemos la pena de muerte! Esto último debe sonar a barbarie filosófica viniendo de quien como yo es contrario a la pena de muerte. Advierto que no he fracturado mi discurso abolicionista, pero estoy convencido de la necesidad histórica de recordar a los propulsores del incremento punitivo que la pena de muerte solo significaría “eliminar a los delincuentes pero no eliminar la delincuencia”.

Me había “olvidado” de un acto de barbarie que se le imputa a la policía nacional, perpetrado hace pocas semanas en contra de jóvenes que según la denuncia de don Julio Estrada Icaza – un comentarista y escritor erudito a quien lo respetan conocidos y extraños – se encontraban en actos normales (bailar en una discoteca, o comerse unas papas) en las zonas residenciales de Urdesa y Kennedy, y a quienes se les hizo víctima de un acto torpe de terrorismo policial.

Yo personalmente criticaría tal actuación demencial con el mismo rigor, cualquiera que fuese el lugar en el que se perpetrara y cualquiera que fuesen sus destinatarios, esto es que no importa si esto ocurrió en Urdesa, la Alborada, el cisne, el Guasmo, la Prosperina, etc.

Estos operativos antidelincuenciales son tan torpes como las publicitadas requisas de armas, pues el único resultado positivo que se conoce hasta ahora, es la aprehensión de delincuentes que pretendieron audazmente robar el arma de un vigilante de tránsito.

No sé cómo reaccionaría cualquier ciudadano común y corriente a quien llamen a su domicilio a las doce de la noche para decirle

que su hija de 17 o 18 años de edad ha sido detenida por la policía nacional en una redada institucional, abusiva y arbitraria. Esto es sumamente grave y ya es hora de que don César Verduga Vélez, ministro de gobierno, otrora gran defensor de los derechos civiles y ciudadanos, le recuerde a la policía nacional que **no es ningún delito la ausencia de la cedula de ciudadanía ni del récord policial.**

Si la policía nacional quiere demostrar su real operatividad y su honesta vocación de servicio ciudadano, que se dedique a perseguir sin temor ni vacilaciones a los verdaderos delincuentes. Si ha llegado el momento de demostrar a la sociedad civil que el único recurso valido es el discurso de la violencia, que la policía nacional con valentía dirija su artillería en contra de los violentos que siguen depredando la ciudad y el campo en el que ¡mujeres y niñas siguen llorando la usencia de protección y seguridad ciudadanas!

Me he comprometido privada y públicamente a apoyar el operativo policial “antidelincuencial” en una zona céntrica de la ciudad, si se presentan pruebas que lo legitimen. Si estas pruebas no existen, el coronel César Carrera Chinga comandante del regimiento guayas n°2, está obligado por su honor, a demandar el enjuiciamiento penal de aquellos subalternos que han encontrado en las zonas céntricas de la ciudad el foco propicio para descargar sus cobardes frustraciones y su falta de profesionalidad.

Guayaquil, miércoles 4 septiembre de 1991

El Telégrafo

Editorial

Autor: Dr. Alfonso Zambrano

El crimen del silencio: los hermanos Restrepo

La comprobada desaparición de los hermanos Restrepo – Arismendi a cargo de elementos de la policía nacional ha sido el detonante de los últimos días, y frente a las torpes afirmaciones de los mandos policiales de que este hecho luctuoso no es una afrenta institucional, es preciso formular algunas reflexiones que no se agotan en esta breve epístola.

La corrupción y el abuso del poder no han aparecido como un hecho espontáneo el día en que psicópatas perversos disfrazados de policías, mataron a los hermanos Restrepo pequeños e indefensos como cualquiera de nuestros hijos y cuyos cuerpos no se sabe si alimentaron a las aves de rapiña y hoy forman parte de ese inmenso cielo que nos cubre, o permanecen en las profundas y oscuras aguas de una laguna, gritando en silencio por justicia.

Este es el hecho clamoroso de lo que es capaz el abuso del poder policial que ha sido alimentado por los mandos superiores que llegaron hasta la barbaridad de “inventarse” un informe que descartaba la desaparición. Es imposible creer en la imparcialidad e idoneidad de una pretensa investigación, interna presente, dirigida por mentirosos profesionales. ¡Es preferible que no la intenten porque nadie les va a creer! No se sabe cuál va a ser el nuevo “truco policial”.

Si lo que dice la señora Restrepo del ministro de gobierno es cierto, en cuanto al trato que le dispensó frente a sus justificados reclamos, el Econ. Verduga pasara a la historia del Ecuador como un gran defensor de los derechos humanos en el papel y en los libros. Me atrevo a creer que el Ministro de Gobierno en poco tiempo va a renunciar, pues debe resultar difícil y complejo soportar la carga emocional de un crimen monstruoso, y encontrarse con una “solidaridad institucional” que termina por convertirse en patente de impunidad. Medítese en los reclamos de un general que protesta porque a la “pobrecita” teniente Moran se la investiga durante 8 horas sin permitirle ingerir alimentos y aunque esto no es creíble, habría que recordarle a este señor que es practica institucional viciosa mantener a cualquier ciudadano sometido a “intensos” interrogatorios, durante muchos días sin asistencia familiar ni profesional, y sin tener ante quien reclamar.

El recurso de la teniente Moran de que cumplía “órdenes superiores” no es exculpatorio, porque ningún inferior al que se le pide que cometa un delito puede alegar la orden jerárquica como enervante de responsabilidad. La obediencia jerárquica tiene un límite racional, vale decir, que el inferior esta obligado a cumplir solamente ordenes licitas y jamás ordenes delictivas. Si ejecuta o comete delitos en el manoseado cumplimiento del deber es autor material del delito, y el superior es el autor intelectual del mismo.

Lo anterior es tan cierto que el ex presidente Alfonsín debió acudir al recurso de la “ley de punto final”, para tratar de silenciar el lamento de las madres y abuelas de la Plaza de Mayo que siguen llenando con lágrimas sus fuentes. Posteriormente, el múltiple Menen llegó hasta la barbarie de indultar a los genocidas argentinos.

En el caso ecuatoriano se sostiene que en los momentos actuales no hay mecanismo de contención para frenar el abuso policial que ha llegado al punto más alto e insoportable, puesto al descubierto por la barbarie coronada que ha sido el martirologio de los Restrepo - Arismendi, pero esto no es verdad. Por lo menos formal y normativamente la ley Orgánica del Ministerio Publico impone a los agentes fiscales la participación en los procesos de investigación

policial. En la práctica, ocurre que la mayoría de los agentes fiscales se limita a suscribir el informe que les presenta el investigador, y jamás participa realmente de la investigación. Que el ministerio público nos diga por que no cumple con su deber. ¿Es posible ingresar sin previo aviso a un cuartel policial para comprobar los actos de abusos y barbarie? Si un fiscal realmente lo intentara, seguramente va a descansar en un calabozo con prostitutas y proxenetas.

Sería bueno saber públicamente cuantos casos de abusos de poder policial han merecido sanción institucional. Para esto, basta revisar los archivos de los juzgados policiales para comprobar que la mayoría de los casos termina por prescripción o está en suspenso. He aquí otro aspecto para el debate que es el “fuero policial” que termina por convertirse en patente de impunidad, al igual que acontece con la inocentada de la investigación interna dirigida por los propios corresponsables de la crisis institucional.

Capítulo aparte es el amor ineludible de los esposos Restrepo – Arismendi que nos han legado una lección de valor y cariño filial ¡digno de ser emulado! Realmente, no sé cómo concluir porque tengo presente la cara feliz de los niños cuya risa fue truncada ¡por un acto perverso!.

Guayaquil, lunes 4 noviembre de 1991

El Telégrafo

Editorial

Autor: Dr. Alfonso Zambrano

Los derechos humanos en el Perú

En estos días en que se ha alimentado la llama del civismo ecuatoriano a propósito de una pretendida incursión militar peruana, se pone nuevamente en evidencia la dialéctica de las armas como el recurso perverso al que se acude por parte de un país que se encuentra sumido en una espantosa miseria, alimentada por una torpe y ciega carrera armamentista, con una indetenible escalada de violencia de la que tienen responsabilidad compartida grupos terroristas como “sendero luminoso” y el propio gobierno peruano con actos de terrorismo de estado perpetrados por la policía y el ejército.

El “juego de la guerra” termina por convertirse así en un vedado recurso para distraer la tensión de otros problemas internos y estructurales relacionados con la falta de vivienda, de alimentación, de educación, de salud, etc., que son la mejor muestra de la forma como se protege las garantías civiles y políticas – léanse derechos humanos – de la mayoría del pueblo peruano.

Veamos con estupor para del costo humano social y político que representa para el pueblo peruano, la falta de respeto a sus derechos humanos como consecuencia de una interminable “guerra sucia”.

En su discurso inaugural de julio de 1990 el presidente Alberto

Fujimori que es monitoreado por algunos militares peruanos, afirma: “el irrestricto respeto y promoción de los derechos humanos será una firme línea de acción de mi gobierno”, y que se crearía una comisión nacional que garantizase el respeto por los derechos humanos.

Desde 1983 Amnistía Internacional ha venido documentando una situación de graves violaciones de derechos humanos en Perú, entre ellas “desapariciones”, tortura y ejecuciones extrajudiciales. También ha habido informes veraces de amenazas y ataques a defensores de derechos humanos tanto independientes como oficiales. Durante este periodo, según los informes, más de 4000 personas “han desaparecido” o muerto en circunstancias que hacen presumir ejecuciones extrajudiciales. Entre las víctimas se cuentan mujeres y niños.

En el gobierno agresor de Fujimori, siguen en aumento la escalada de violencia en proporción inversa al mejoramiento de las condiciones de vida de la sociedad civil peruana, vale decir, que la violencia ha tenido una línea de crecimiento paralela a la miseria y a la pobreza. Y el gran “cambio 90” no dejó de ser otra campaña política demagógica de las muchas que han izado bandera en los sectores empobrecidos de la región y el continente.

Desde el inicio del gobierno del presidente Fujimori hasta esta fecha son más de cien los nuevos casos de “desapariciones” ocurridas después de retenciones efectuadas por miembros de las fuerzas de seguridad. Se siguen también documentando informes de tortura y malos tratos por parte de las fuerzas de seguridad, sumados a las ejecuciones extrajudiciales y a dos casos de homicidios en masas.

En las prácticas de terrorismo van de la mano “sendero luminoso” y el ejército peruano. Las violaciones de derechos humanos en Perú se producen en un contexto de actividades cada vez más violentas de los grupos de oposición armada, ese es el caso de “sendero luminoso”, que hizo su estreno con un ataque a un colegio electoral en un remoto pueblo del departamento de Ayacucho en mayo de 1980. “sendero luminoso” ha reivindicado atentados terroristas a funcionarios gubernamentales, dirigentes políticos de izquierda

y miembros de comunidades campesinas que se suponen que han colaborado con las Fuerzas Armadas.

En el caso de las fuerzas armadas peruanas, Amnistía Internacional tiene numerosos informes documentados de detención en régimen de incomunicación y no reconocidos, muchas de las cuales dieron lugar a posteriores “desapariciones”, ocurridas en su mayoría en zonas rurales y de las que se sindicó a soldados uniformados de las fuerzas de seguridad que suelen negarse a reconocer las detenciones.

Ni un solo miembro de las fuerzas armadas ha sido condenado por cometer abusos de derechos humanos desde que empezó esta serie de violaciones a principios de 1983. Varios son los recursos que producen impunidad, como la intimidación a jueces y fiscales, el fuero policial y militar, el uso de seudónimos por los oficiales militares que realizan operaciones de contrainsurgencia, y hasta atentados dinamiteros para alimentar el temor.

Esta es parte de la moral de nuestro permanente y gratuito agresor que incumple hasta con sus obligaciones internas de velar por el respeto a los derechos humanos de los ciudadanos peruanos.

Guayaquil, Viernes 24 de enero 1992

El Telégrafo

Editorial

Autor: Dr. Alfonso Zambrano

En 1992 pensemos en los niños

Al inicio de un nuevo año formulamos los mejores y más sinceros deseos por que la sensibilidad toque la puerta de gobernantes y gobernados en nuestro país y en cualquier otro en que la situación de los “niños de la calle” convertidos en los hijos del hambre y la miseria, se ha convertido en problema recurrente, lamentablemente manipulado con un perverso discurso político.

En Guayaquil ya tenemos el penoso caso de los niños que viven en las alcantarillas, de los que duermen en los bancos de los parques, de los que vagabundean todas las noches cometiendo pequeños hurtos, y de los que han sido muertos sin causa o explicación alguna, porque han sido sorprendidos durmiendo en las aceras y portales.

El Fondo de las Naciones Unidas para la infancia (UNICEF) define como “niño de la calle”, a todo aquel, hembra o varón, que no habiendo alcanzado la edad adulta como edad adopto la calle como hogar y lugar donde busca el sustento diario, también comprende al niño vagabundo que no está debidamente protegido y dirigido por adultos responsables (sic). 100 millones de infantes vagan por nuestro continente con un alto riesgo de ser victimizado por un escuadrón de la muerte, de engrosar las filas de la prostitución clandestina y vivir en condiciones de extrema pobreza.

En Brasil el problema de los “niños de la calle” comenzó a mediados de la década de los 80. Viven en su mayoría del desempleo y del robo callejero, pero se han ido extendiendo en toda la región desde México hasta la Argentina.

Frente al aumento de robos, propietarios y comerciantes organizaron grupos armados y hasta se afirma que los escuadrones de exterminio nacieron en la propia policía que ha ejecutado a miles de rotulados delincuentes entre los que se cuentan menores de edad. Los niños de la calle han sido ejecutados en un número superior a los cinco mil en Brasil, que constituyen solamente la causa del diez por ciento de las 300 mil muertes al año de niños y adolescentes por diversas causas como desnutrición, enfermedades y accidentes. Brasil es el país con mayor número de niños callejeros en América latina, 100 millones que vagan en el continente, la tercera parte radica en esta región. Durante los últimos 20 meses más de tres mil fueron asesinados, según el informe de la UNICEF, 50,5 por ciento de los 59 millones de menores brasileños de 17 años forman parte de familias con un ingreso mensual de 30 dólares.

En poblaciones brasileñas de un millón de habitantes se calculan 30 mil mujeres de menos de 18 años dedicadas a la prostitución, algunas comienzan a los 7 u 8 años, otras a los 10 o 12, en zonas turísticas como sao paulo, belo horizonte, Recife, rio de janeiro ganan de 50 a 100 dólares por noche cuando el salario mínimo mensual oscila en los 60 dólares. Los instigadores de la mayoría de estos crímenes son presuntamente comerciantes, asociaciones barriales y militares y sus autores materiales son agentes de seguridad, policías y sicarios que cobran por cada encargo entre 30 y 300 dólares.

Según el banco mundial en el año 2000 el 80 por ciento del Producto Interno Bruto de los “países en vía de desarrollo” se generara en medios urbanos y el 57% de las familias de todo nivel vivirán en las zonas periféricas de las grandes ciudades. Desde hace cinco años existen las sospechas de que muchos bebés son secuestrados en Brasil y son comercializados en el exterior como “bancos vivos” para la extracción de órganos vitales.

En México el panorama es también desalentador con un alto índice

de embarazos no deseados que forma parte de la psicopatología urbana. Esto desencadena abortos provocados, niños abandonados, madres solteras, niños, adolescentes y jóvenes que se dedican al ocio, la promiscuidad y alimentan el entorno de la subcultura de la droga, pues se dedican a inhalar solventes industriales. Estos niños de la calle son potenciales víctimas del alcoholismo, violaciones, accidentes, violencia física y social, y un síndrome de depresión alienante porque son los hijos de la pobreza, la insalubridad y el desamparo. Se calcula que en México 3 millones de infantes trabajan en la calle, y de ellos un millón 250 lo hacen en la capital, pudiendo recibir asistencia pública tan solo 45 mil menores. Las cifras del UNICEF son más aterradoras porque afirman que el número de niños que viven en la calle en México es de 10 millones.

Para continuar, recordemos que en centro América 120 mil niños mueren anualmente antes de cumplir 5 años, por la desnutrición y por la violencia. Con frecuencia se encuentran cuerpos mutilados o descuartizados de menores cuya victimización es generalmente impune.

En Colombia la historia siniestra de los gamines es también parecida pues en momentos en que la guerra de la droga entro en un proceso de pacificación la violencia está cobrando como víctimas a los niños de la calle, que son el objetivo de escuadrones de limpieza autocalificados como milicias populares. En el Perú son víctimas de la violencia política y de la corrupción del poder jurisdiccional con jueces de menores que conceden aceleradamente adopciones para ser llevados a Europa. ¡Todo este panorama debe cambiar!.

Guayaquil, lunes 24 de febrero de 1992

El Telégrafo

Editorial

Autor: Dr. Alfonso Zambrano

La imputabilidad: discurso psiquiátrico y discurso jurídico

Existe un criterio equivocado al creer que el concepto de la imputabilidad medico – psiquiátrico, es igual al concepto jurídico penal. Esta confusión ha permitido que se cometan errores judiciales como juzgar a Pedro Alonso López “el monstruo de los Andes” como imputable. Este hombre que es un psicópata sádico – sexual con mas de sesenta niñas victimizadas, en breve recuperará su libertad y seguirá matando.

Lo mismo ocurrió con Daniel Camargo Barbosa, y al parecer esta ocurriendo con la llamada “banda del terror” de los jóvenes delinquentes, que en Quito han matado a taxistas y homosexuales en muchos casos por el placer morboso de asesinarlos, y cuyo jefe tiene una gran capacidad de liderazgo propio de los psicópatas.

Desde el punto de vista psiquiátrico el medico responde usualmente que el sujeto es imputable porque tiene plena capacidad de raciocinio, esto es que es capaz de comprender que es bueno o malo lo que hace, y que por ej. Mata por placer, por puro sadismo. Desde nuestro enfoque penal la imputabilidad es un juicio del valor, por el que se presume: a.- que el sujeto es capaz de comprender la ilicitud del comportamiento. b.- que es capaz de determinarse de acuerdo con esa comprensión, esto es que, si se tiene la capacidad de motivación, vale decir sino es capaz de determinarse de acuerdo con esa

comprensión, desde el punto de vista jurídico es inimputable, aunque psiquiátricamente lo consideren los médicos como imputable.

Con este criterio la justicia norteamericana mantiene recluido al parecer perpetuamente al “estrangulador de Boston”, pues ningún psiquiatra se atreve a diagnosticar que se trata de un sujeto normal, y que jamás volverá a producirse un desdoblamiento de su personalidad.

El concepto de psicosis responde al concepto antiguo de enajenación mental, alienación o locura; y el de psicopatía no era generalmente conocido, aunque es probable que a quienes sufrían graves trastornos de personalidad, distorsión de valores morales y éticos, desdoblamientos y delirios propios de los cuadros esquizoparanoides, se los haya considerado como locos morales.

En el derecho penal antiguo y moderno se hace diferencia entre la pena y la medida de seguridad. La pena que se le impone a los imputables: es fija, precisa y determinada, por ejemplo 5 años de prisión, 16 años de reclusión mayor extraordinaria. La medida de seguridad que se les impone a los inimputables: es indeterminada y dura tanto cuanto fuese necesaria. La pena se le impone a los imputables porque tiene como fin la rehabilitación, la readaptación y la rehabilitación social del condenado. La medida de seguridad se le impone a los inimputables para su propia seguridad y para evitar el riesgo de afectar bienes jurídicos de terceros, como la vida.

Si un sujeto es irrecuperable desde el punto de vista médico – psiquiátrico, esto es sino tiene posibilidades reales y concretas de ser rehabilitado o resocializado, aunque en opinión del psiquiatra tiene la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento, debe ser reputado jurídicamente como INIMPUTABLE, para que se le imponga una medida de seguridad que es la respuesta social adecuada y necesaria. Así debieron ser calificados jurídicamente Pedro Alonso López y Daniel Camargo Barbosa.

La medida de seguridad atiende a una necesidad social y es la respuesta legítima frente a sujetos de conducta irreversible o socialmente intolerable por su peligrosidad. En los casos mencionados

debió preguntarse al médico – psiquiatra que actuaba como perito especializado, si se trataba de delincuentes resocializables o rehabilitables no obstante su capacidad de raciocinio.

Es suficientemente conocido que sujetos con graves trastornos de personalidad (esquizofrénica y paranoica) son personas con un nivel de inteligencia superior, que están por encima de la media de los sujetos normales. Pero si se trata de personas que jamás se van a rehabilitar o recuperar, ni va a desaparecer la posibilidad de peligro social, lo justo es imponerle una medida de seguridad calificándolos previamente como inimputables. Lo contrario es errado.

El código penal ecuatoriano, aunque antiguo, prevé en el art. 34 inc 2, la imposición de la medida de seguridad al inimputable, y como se debe proceder, con este tenor: “si el acto ha sido cometido por un alineado mental, el juez que conozca de la causa decretará su internamiento en un hospital psiquiátrico; y no podrá ser puesto en libertad sino con audiencia del ministerio público y previo informe satisfactorio de dos médicos designados por el juez y que de preferencia serán psiquiatras, sobre el restablecimiento pleno de las facultades intelectuales del interno”

Cabría preguntarles a los psiquiatras si los psicópatas con un perfil psicológico de homicidas compulsivos, ¿pueden y deben ser calificados como personas normales? ¿Tienen la capacidad de motivación efectiva normal, de propender a lo bueno que tiene cualquier otra persona? Las respuestas serán negativas.

Guayaquil, miércoles 5 de febrero de 1992

El Telégrafo

Editorial

Autor: Dr. Alfonso Zambrano

El cartel de Guayaquil

Con el respeto debido a la memoria de uno de los genios de la política del siglo XX, sir Winston Churchill, bien podríamos intentar una parodia cuyo contenido es: “nunca tantos recibieron tanto daño de tan pocos”, pues con el título de este comentario no nos estamos refiriendo al grupo de principiantes traficantes de drogas que con seguridad existen en Guayaquil, sino que identificamos a una administración municipal despreciable por ineficaz y por corrupta.

No pretendo hacer apología de ningún delito pero he escuchado con severa preocupación el llamamiento larvado y en otros momentos abierto que se formula a la ciudadanía guayaquileña, invitándola a participar en la toma del palacio municipal el cual seguramente culminaría con un linchamiento masivo de un grupo de munícipes que con el alcalde a la cabeza debieron renunciar hace mucho tiempo por dignidad.

Tengo la seguridad de que el alcalde Harry Soria Laman, a quien el apodo de “Harry el sucio” termino quedándole grande, no tiene el mas mínimo sentido del pudor y ha perdido lo último que le que a los hombres de bien que es su propia autoestima pues no alcanzo a comprender, su tozudés es mantenerse en un sillón, que en la forma que es ocupado deshonra la memoria de un patricio como don Jose Joaquin de Olmedo. En muy poco tiempo el actual alcalde ha

capitalizado un nivel no solo de impopularidad sino de antipatía y desprecio ciudadano, que ha sido dado de baja en el escalafón político. En el caso actual, que no tiene precedentes, en muy poco tiempo se le ha causado a Guayaquil el daño más grande que registre su historia.

El cartel de Guayaquil que ha llevado a la ciudad de Olmedo y Rocafuerte a la pérdida de toda esperanza es el responsable del estiercol y la basura que sepultan a sus habitantes de las pésimas condiciones de salubridad, del desabastecimiento de agua, de la destrucción de sus calles y el fin de todo cuanto de malo puede ser responsable una nueva cabalgata mortal que es la de los jinetes del desastre municipal. En esa visión apocalíptica del caos, la anarquía, la inmoralidad, el lleve a dos manos y la corrupción institucionalizada, es probable que no deba incluirse algunos munícipes que deben renunciar en defensa de su honor y para evitar a tiempo la condena que ante la historia tienen ganada los capos del municipio de Guayaquil.

Las trompetas del juicio final para Guayaquil ya han sido tocadas por la banda de Harry Soria Laman y el daño y irrogado a la ciudad es de tal magnitud, que la tarea para el nuevo consejo y para el nuevo alcalde va a ser titánica. Se nos ocurre una pregunta pública sin oculta intención. Sino es rentable el ejercicio de la administración municipal ¿Cuál es el verdadero interés para permanecer en cargos que generan el repudio de todos los habitantes de nuestra ciudad?

Antaño constituía un honor ejercer el cargo de concejal ni que decir el de presidente del consejo, y se recuerda con enorme gratitud a distinguidos médicos, abogados, ingenieros, economistas y más ciudadanos que sirvieron a la ciudad con desinterés y verdadero patriotismo. Hoy esos cargos se han prostituido y son sinónimos de corrupción a niveles inimaginables. Como este caos y corrupción generalizada se salvan muy pocos, que deprimente espectáculo que ofrecen los concejales que concurren provistos de armas de grueso calibre tratando de emular a los asaltantes de bancos del viejo oeste, con la diferencia que estos para robar un banco por lo menos se jugaban la vida, en tanto que los del cartel de Guayaquil para llevarse lo poco que queda en el municipio de la ciudad, actúan con

premeditación, con alevosía y aprovechándose de la situación de indefensión de la víctima.

También con el debido respeto a la memoria de una venerable ecuatoriana y parodiándola, cabría afirmar que Guayaquil no va a desaparecer por los terremotos como antes no desapareció por las invasión de los piratas, pero si está a punto de desaparecer por la inoperancia y la corrupción municipal.

El viejo luchador don Eloy Alfaro fue víctima de un martirologio y de un crimen de lesa humanidad, pues injustamente arrastrado e incinerado. ¡el cartel de Guayaquil es un cadáver en proceso irreversible de descomposición que merece por lo menos ser incinerado! .

Guayaquil, 10 de julio de 1992

El Telégrafo

Editorial

Autor: Dr. Alfonso Zambrano

La hora cero

Cuando nadie se pone de acuerdo y cuando las discusiones pecan no de bizantinismo, sino de una esquizofrenia política que está lejos de cualquier parámetro racional, hay que decir, borrón y cuenta nueva. Esto significa manifestar tercermundista que debemos olvidarnos del pasado (si acaso tuvimos pasado) y pensar con optimismo en el discurso mágico de la transformación de la hora presente, que es mejor llamarla “la hora cero” para evitar una herencia atávica con un cadáver putrefacto de un sistema político que corre el riesgo de autoeliminarse.

Para cualquier terrenal superviviente es doloroso comprobar que la administración de justicia en más de una ocasión se convirtió en un refinado instrumento de dominación política en el país, cuya devaluación e insolencia no es problema de los jueces sino de los mercaderes de la política que terminaron prostituyéndola.

Me voy a atrever a opinar en esta “hora cero” sobre temas supuestamente prohibidos sin la menor intención de herir la susceptibilidad de nadie.

En el caso específico y concreto de un potencial presidente como Jaime Nebot Saadi, sigue quedando marcada la huella de que lo liquidaron sus pésimos asesores personales que creyeron

que el poder los esperaba con los brazos abiertos como los nuevos salvadores de la patria afligida. Este discurso perverso e hipócrita probablemente le impidió a Jaime Nebot una mejor disputa.

¡Ese ha sido el justo pago de una embriaguez de poder anticipada!

Un presidente como el electo no necesita de loas ni de epígonos ocultos o públicos de ningún nivel, porque tiene o maneja ya lo que significa en su dimensión objetiva el poder, que en esta ocasión ha sido confiado a un hombre probo que enfrenta el reto de cambiar una república en muchos niveles corrupta.

A título de reflexión libre habría que pensar si el Arq. Sixto Durán Ballén responde a no a un proyecto o sistema político de gobierno?

En realidad no existe una clara y definida ideología política del nuevo gobierno porque resulta física y mentalmente imposible lograr una simbiosis conceptual ideológica, si pensamos que el grupo importante de colaboradores inmediatos del flamante presidente, no solo es heterogéneo sino además políticamente contradictorio.

En el marco de esa ideología política heterodoxa que va a manejar el gobierno habría que formular reflexiones como las siguientes, a título de ejemplo:

Presidente: Sixto Durán Ballén (social cristiano)
Vicepresidente: Alberto Dahik (conservador)
Legisladores: Roberto Dunn (ex - pre, hoy candidato del pur)
Marcelo Santos (ex - social cristiano, hoy conservador)
Carlos Julio Arosemena (nacionalista revolucionario)
Xavier Ledesma (socialismo democrático)

La resultante o efecto de ese híbrido político está en juego. Nadie puede dudar de la capacidad ejecutiva del flamante presidente ni de su incuestionable honradez personal política, pero sigue siendo recurrente la gran interrogante de un posible y necesario cambio social en un país en el que se ha dilapidado la confianza popular y se ha malversado el amplio espectro de un pueblo que está cansado del fraude político.

Sigue abierta la trinchera de la lucha popular y política, que permitirá recordarle al flamante presidente que tiene un honroso privilegio, que es la confianza popular que le ha permitido cumplir con una responsabilidad histórica que reivindique la confianza en el Estado de Derecho.

Más allá de las expectativas y especulaciones de lo que vaya a hacer el nuevo presidente, debemos ser conscientes de que no es el nuevo “mago Merlín” que con un golpe de vara mágica logre la gran transformación que no han podido 150 años de vida republicana.

La hipoteca popular sigue vigente en todos los niveles, pero preocupa que no exista una propuesta seria y concreta del nuevo gobierno de una transformación de la administración de justicia, que jamás estará desarticulada de un honesto proyecto de transformación política. Creo que un programa político sin controversia y contestatario termina siendo no solo subalterno y sumiso, sino que además altamente lesivo y peligrosamente encubridor.

BIBLIOGRAFIA

PARTE I

- ABANTO VASQUEZ Manuel A., *La imputación objetiva en el derecho penal. Nociones preliminares*. Lima-Perú, Idemsa, 1997.
- ABREGÚ, Martín, *Prólogo*, en CAFFERATA Nores, *Proceso penal y derechos humanos*, Ed. Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 2000.
- AMBOS Kai, *La aceptación por el abogado defensor de honorarios "maculados": ¿lavado de dinero? El penalista liberal*, libro homenaje a Rivacoba y Rivacoba, Buenos Aires: Marcial Pons, 2004.
- ANIYAR de CASTRO Lolita, *Criminología y orden social: Criminología como legitimación y criminología de la liberación*, Maracaibo. Universidad del Zulia, Venezuela, 1977.
- AYARRAGARAY Carlos A., *Lecciones de Derecho Procesal*, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 1962, p.83.
- BARATTA Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Siglo XXI, México, 1986.
- BERGALLI Roberto, *Sentido y contenido de la Sociología del Control Penal para América Latina*, 1er Seminario de Criminología Crítica, Medellín, Colombia, 1984.
- BINDER Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- BLANCO CORDERO Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 4ta. Edición. 2015, Editorial Arazandi, España.
- BROND Leonardo G. *Lavado de dinero. Responsabilidad de defensores por la aceptación de dineros provenientes de un ilícito penal*. Hammurabi, Buenos Aires, José Luis de Palma Editor, 2016.
- BUSTOS RAMIREZ Juan, *El delito culposos*. Santiago de Chile, 1995.

- CAFFERATA NORES José Ignacio, *Temas de derecho procesal penal. La prueba obtenida por quebrantamientos constitucionales*. Depalma, Buenos Aires, 1988.
- CAFFERATA NORES, José I., *Proceso penal y derechos humanos*, Ed. Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 2000.
- CARBONELL Miguel, *No admitamos las pruebas ilícitas*. Publicado en *El mundo del abogado*, número 115, México, noviembre de 2008.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Principio de congruencia en el proceso penal*, en el XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, La Plata, 1981, t. I.
- CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL DE ECUADOR, 2014.
- CORTE IDH, *Zegarra Marín vs Perú*, Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie c 331.
- CREUS Carlos, *Derecho procesal penal*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996.
- D'ÁLBORA, Francisco, *Código Procesal Penal de la Nación*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002
- DEL OLMO Rosa, *América Latina y su Criminología*, Siglo XXI editores, primera edición, México 1981.
- DEVIS ECHANDÍA Hernando, *Teoría General del Proceso*, T.II Ed. Universidad, Bs.As. 1985.
- FERRAJOLI Luigi, *Democracia y Garantismo*. 2da edición. Madrid: editorial Trotta, 2010.
- GRACIA MARTIN Luis, *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho penal del enemigo"*, publicado en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECP) 07-02 (2005), p. 4. <http://criminet.ugr.es/recpc>.
- GUARIGLIA Fabricio, *Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*. (Compilación). Fundación Myrna Mack, Serie Justicia y derechos Humanos. s/f.
- <http://www.alfonsozambrano.com>
- JAKOBS Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.
- JAKOBS Günther, CANCIO MELIA Manuel, *Derecho Penal del enemigo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, Ed. Del Puerto,

- Buenos Aires, 1996, 2ª ed., t. I.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal, T. II, Parte General*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2003.
 - MIRANDA ESTRAMPES Manuel, *Las pruebas ilícitas, fundamento y alcance de la regla de exclusión*, Universidad Nacional Hermilio Valdizan, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Perú, 2005.
 - MUÑOZ CONDE Francisco, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Hammurabi. 3ra ed. 2011.
 - NIEVA FENOLL Jordi, *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
 - NIEVA FENOLL Jordi, video *La prueba ilícita*, disponible en YOUTUBE.
 - PRIETO SANCHÍS Luis, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Trotta España 2003.
 - PUIG MIR Santiago, *Derecho Penal. Parte general*. Barcelona, 1990.
 - ROXIN Claus, *La imputación objetiva en el derecho penal. La imputación ulterior al tipo objetivo*. IDEMSA, Lima, 1997.
 - ROXIN Claus, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Editores del Puerto, Buenos Aires, 25 a edición 2003.
 - ROXIN Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Marcial Pons 2016, Traducción de 9na edición.
 - SAN MARTIN CASTRO Cesar, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Jurídica Griley, Volumen I, Lima, 1999.
 - SANDOVAL HUERTAS Emiro, *Sistema penal y criminología crítica*, Editorial Temis, Bogotá, 1985.
 - SILVA SANCHEZ Jesús- María, *La expansión del derecho penal*, Segunda edición, Civitas, Madrid, 2001.
 - SOUTO Abel, *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español (PDF)*, obtener en, <http://cervantesvirtual.com>
 - STC N° 0728-2008-PHC (FJ. 7d); STC N° 0079-2008-PA (FJ. 11 d); y STC N° 0896-2009-PHC (FJ. 7 d).
 - STRUENSEE Eberhard, *Lavado de dinero a través de la aceptación de los honorarios para la defensa penal*, en <http://www.alfonsozambrano.com>
 - TARUFFO Michelle, "Ciencia y Proceso". En: Páginas sobre

justicia civil. Madrid: editorial Marcial Pons, 2009.

- VÁZQUEZ ROSSI, *Derecho procesal penal*, cit., t. II.
- VELEZ MARICONDE Alfredo, *Derecho procesal penal*, Editorial Lerner, Córdoba, 1986, t. II.
- VILLAVICENCIO TERREROS Felipe, *La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana*, en <http://www.alfonsozambra-no.com>
- VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, Comentarios al Código Penal de 1995, V. II
- ZAFFARONI Eugenio Raúl, *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, Ediar, Buenos Aires, 2011.
- ZAFFARONI Eugenio Raúl, *La cuestión criminal*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2013.
- ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Temas de Criminología*, Offset Graba, Guayaquil, 1986.
- ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Temas de Derecho Penal y Criminología*, Offset Graba, Guayaquil, 1988.
- ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Manual de derecho penal. Parte General*. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2008.
- ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Política criminal*. Jurista Editores, Lima, 2009.
- ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *La prueba ilícita*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009.
- ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal*, Tomo III, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2014.
- ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Lavado de Activos*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Chile, 2020.
- ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *El caso Sobornos. Ocaso del garantismo penal*, Murillo Editores, Guayaquil-Ecuador, 2021.
- ZAVALA BAQUERIZO Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo IX, EDINO, Guayaquil, 2007.
- ZAVALETA RODRIGUEZ Roger, *Razonamiento judicial, interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica. 2004.

PARTE II

- ALEXY, Robert (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1ª Edición.
- ALEXY, Robert, (2010) en libro *El canon neoconstitucional*, Miguel Carbonell, Leonardo García Jaramillo, (editores), Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Opúsculo *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*. 1ª Edición.
- ANDER-EGG, Ezequiel (2001). *Métodos y Técnicas de Investigación Social*, Lumen. Argentina. 268 pp.
- ATIENZA, Manuel, en *Argumentación jurídica y estado constitucional*, publicado en *Novos Estudos Jurídicos* - v. 9 - n. 1.
- AVILA SANTAMARIA, Ramiro (2008) *La Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito: Publicación del Ministerio de Justicia de Ecuador, en *Los principios de aplicación de los derechos*. 1ª Edición.
- AVILA SANTAMARIA, Ramiro (2011) *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución del 2008*, Quito: Abya Yala. 1ª Edición.
- BAZAN, Víctor (2010) *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable*. Ponencia en VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, México. (En <http://www.alfonsozambrano.com>)
- BERMUDEZ TAPIA, Manuel Alexis (2007) *La Constitución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Lima: Ediciones Legales. 1ª Edición.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2003), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1ª Edición.
- BERNAL PULIDO, Carlos, en *El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia*, (en <http://www.alfonsozambrano.com>)
- BRAVO CORREA, Patricia (2001), *Investigación Cualitativa aplicada a la Educación Científica*, Ecuador: Quito, 103 pp.
- BRIONES, Guillermo (1997), *Epistemología de las Ciencias Sociales*. ICFES, Santa Fe de Bogotá: Corcas Editores.
- CARBONELL, Miguel, *Que es el neoconstitucionalismo?*

Publicaciones de la UNAM de México. s/f

- CARBONELL, Miguel, (2010) en *El Neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis*, en libro *El Canon Neoconstitucional*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Miguel Carbonell- Leonardo García Jaramillo (editores). 1ª Edición.
- COMANDUCCI, Paolo (2005), *Formas de Neoconstitucionalismo : un análisis metateórico*, - Compilador Miguel Carbonell - en *Neoconstitucionalismo (S)*, España: Trotta. 2ª Edición.
- COMANDUCCI, Paolo (2007), *Modelos e interpretación de la Constitución*. En *Teoría del neoconstitucionalismo* (Editor Miguel Carbonell), Madrid: Trotta. 1ª Edición.
- CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1969).
- CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR. Jurisprudencia.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. Jurisprudencia.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Jurisprudencia.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Jurisprudencia.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Jurisprudencia.
- CUADERNOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO (DOXA) de la Universidad de Alicante.
- DWORKIN, Ronald (2002), *Tomando los derechos en serio*, Barcelona: Ariel. 5ª. Edición, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón* (1995), *Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibañez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantanero Brandes, Madrid: Trotta. 1ª Edición.
- FERRAJOLI, Luigi (2001), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid: Trotta. 1ª Edición.
- FERRAJOLI, Luigi (2001), *Los Fundamentos De Los Derechos Fundamentales*, España: Trotta. 1ª Edición.
- FERRAJOLI, Luigi (2011), *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid: Editorial Trotta, S.A. 1ª Edición.
- GARCIA AMADO, Juan Antonio (2010) en *El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica*, en libro *El Derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de Filosofía Jurídica*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1ª Edición.

- GARCIA BELAUNDE, Domingo (2009), *Diccionario de jurisprudencia constitucional*, Lima: Editorial Jurídica Grijley. 1ª Edición.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (2005), *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Buenos Aires: Ediar. 1ª Edición.
- GUASTINI, Ricardo (2005), *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso Italiano*, en *Neoconstitucionalismo (S)* – editor Miguel Carbonell-, Madrid: Editorial Trotta. 1ª Edición.
- GUASTINI, Ricardo (2007), *Estudios de teoría constitucional*, México D.F: IIJ- UNAM- Fontamara. 3ª Edición.
- Kelsen, Hans, en *Que es la justicia?* Se puede consultar en [http:// www.alfonsozambrano.com](http://www.alfonsozambrano.com)
- LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR DEL 2008 EN EL CONTEXTO ANDINO. (2008) *Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Quito: Publicación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador.
- LEY ORGANICA DE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL (2009), Quito: Editorial Jurídica del Ecuador. 1ª Edición.
- LÓPEZ PINA, Antonio y MONNET Jean, en *Derecho europeo y principio constitucional de igualdad. El tratado de la unión ante la prueba de las tradiciones constitucionales*. Se puede revisar en <http://www.alfonsozambrano.com>
- LOZADA PRADO, Alí, en Seminario: « El (Neo)constitucionalismo qué es y cómo afecta a la práctica jurídica», cumplido los días lunes 2 y martes 3 de mayo del 2011, en las aulas de posgrados de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
- MORESO, José Juan (2010), en libro *El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*, Coordinadores Miguel Carbonell y Pedro P. Grández, opúsculo *Alexy y la aritmética de la ponderación*, Lima: Palestra Editores. 1ª Edición.
- Página web. <http://www.alfonsozambrano.com>
- Página web. <http://www.corteidh.or.cr> (Corte Interamericana de Derechos Humanos)
- Página web. <http://www.cidh.oas.org> (Comisión Interamericana de Derechos Humanos)

- Página web. <http://www.corteconstitucional.gob.ec> (Corte Constitucional de Ecuador)
- PECES BARBA, Gregorio (1999), *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid: Universidad Carlos III- Boletín Oficial del Estado,
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2009), *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, España: Trotta. 2ª Edición.
- PRIETO SANCHIS, Luis (2011), *Principia Iuris; una teoría del derecho no (neo) constitucionalista para el Estado Constitucional*, en libro *Derecho y Democracia Constitucional; Una discusión sobre Principia Iuris de Luigi Ferrajoli*, Perú: ARA Editores, Perú, 1ª Edición.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *El « Control de Convencionalidad» como Instrumento para la elaboración de un Ius Commune Interamericano*, publicado en la biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México.
- SANDOVAL CASILIMAS, Carlos (s/f), *Investigación Cualitativa*, ICFES, Santa Fé de Bogotá: Instituto Colombiano para Fomento de Educación Superior.
- TAYLOR y BOGDAN, (1987), *Introducción a los métodos cualitativos de investigación. La búsqueda de significados*, Argentina: Paidós. 1ª Edición.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERU. Jurisprudencia.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (1999), *El derecho dúctil*, España: Trotta. 1ª Edición.
- ZAGREBELSKY, Gustavo(2008), *Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las leyes en Italia*, Chile: Publicado en Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, año 6 No. 1.
- ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso (2005), *Proceso penal y garantías constitucionales*, primer número de la Biblioteca de autores de la Facultad de Jurisprudencia, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones. 1ª Edición.
- ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso (2009), *La prueba ilícita en el proceso penal*, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1ª Edición.
- ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso (2011), *Del Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo. El Sistema Interamericano de*

Derechos Humanos a través de sus Sentencias (2011), Lima: Edilexsa. 1ª Edición.

- ZAVALA EGAS, Jorge (2009), *Apuntes sobre neoconstitucionalismo, Acciones de Protección y Ponderación, Acción de Inconstitucionalidad, Proceso Constitucional*. Guayaquil: Poligráfica. 1ª Edición.
- ZAVALA EGAS Jorge, ZAVALA LUQUE Jorge (2012), *Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Lima: Edilexsa. 1ª Edición.

Alfonso Zambrano Pasquel

Libro

Homenaje Póstumo al
Msc. Doctor
Jorge Zavala Egas



MURILLO
EDITORES

2025

El doctor Jorge Zavala Egas fue un jurista de cultura ecuménica, pues fue uno de los más importantes constitucionalistas de su generación, que incluso llegó a estudiar y a publicar sobre el neoconstitucionalismo. Fue un gran dogmático, manejaba depuradamente la teoría del delito, e incluso dedicada al estudio de la tipicidad fue su tesis como doctor.

A lo largo de su exitosa y brillante carrera profesional, se dedicó con profundidad al estudio y a defensas penales importantes relacionadas con el derecho penal tributario y aduanero, y también a exitosas defensas en temas relacionados con lavado de activos y otros delitos económicos. El doctor Jorge Zavala Egas era un hábil y agudo defensor y litigante en materia penal.

A este acervo de conocimientos hay que sumar también su tránsito brillante en la historia de la democracia. Fue diputado por la izquierda democrática al Congreso Nacional. Posteriormente se lo designó magistrado del Tribunal Constitucional. Luego estuvo al frente de un proceso de reformas legales. Jorge Zavala Egas nos deja un legado impresionante de conocimientos, de sabiduría y de una fina inteligencia en el discernimiento de grandes problemas jurídicos.

Fue un prestigioso profesor y conferencista en foros nacionales e internacionales e incluso dirigió maestrías en la Universidad de Especialidades Espíritu Santo. Nos inclinamos reverentes con respeto y admiración, y al mismo tiempo con gratitud, por la impronta inborrable y el legado en la academia y en las ciencias jurídicas constitucionales y penales del profesor Jorge Zavala Egas.



MURILLO
EDITORES

Av. Quito 904-C entre
9 de Octubre y Hurtado, PB
©0997163451 ©0980031985
edilexsa@hotmail.com
Guayaquil - Ecuador

ISBN: 978-9942-51-128-7



9 789942 511287