**VOTO DISIDENTE DEL**

**JUEZ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI**

***CASO PALACIO URRUTIA Y OTROS VS. ECUADOR***

**SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2021**

***(Fondo, Reparaciones y Costas)***

**I**

**SÍNTESIS PREVIA**

1. Adelanto que, en mi opinión, los diversos elementos obrantes en estos autos, los expuestos en la audiencia, los emanados de documentos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del Relator Especial sobre la Independencia de Magistrados y Abogados de la Organización de las Naciones Unidas y de esta misma Corte, las noticias difundidas por la prensa nacional e internacional como también la información que es de púbico y notorio conocimiento, son suficientemente precisos y concordantes, para tener por probado que el Estado se colocó voluntariamente en una situación de indefensión ante esta Corte.
2. Como consecuencia de la posición de indefensión asumida por el Estado, en el procedimiento seguido ante el Sistema y la Corte no ha tenido lugar un verdadero procedimiento contradictorio. Por consiguiente –y conforme a los argumentos que desarrollaré a continuación- considero que el problema central del presente caso es la *inadmisibilidad del singular reconocimiento hecho por el Estado*.
3. Dado que el marco fáctico permite verificar que en Ecuador existe una manifiesta y encarnizada lucha política que divide al país y que generó una compleja situación institucional, el conjunto de elementos antes mencionados configura un cuadro que permite concluir que la singular actitud asumida por el Estado procura una condenación que afecte a un notorio dirigente del principal partido opositor, no sólo política sino también patrimonialmente (por vía de un curioso sistema de repetición automática).
4. De esta forma, éste y su fuerza política resultarían ser los condenados *ónticos o reales,* pero que ante el Tribunal quedan privados del derecho de defensa, en razón de no ser los *sujetos formales* de la condenación.
5. Pasaré a analizar particularmente los elementos que conducen a esta conclusión, sin perjuicio de destacar otras cuestiones, derivadas del central e insoslayable dato de la *inadmisibilidad del llamativo reconocimiento estatal.*

**II**

**CONTEXTO DEL CASO**

**II.1. ¿Qué se entiende por “contexto”?**

1. Para ponderar todos los elementos del caso es imprescindible hacer referencia a lo que esta Corte invariablemente ha considerado como el *contexto* de los hechos que en cada oportunidad son sometidos a su jurisdicción.
2. Ninguna conducta humana opera en el vacío y el derecho no puede sino juzgar interacciones humanas, las que siempre tienen lugar en determinadas circunstancias, o sea, en una cierta constelación situacional dada en el tiempo. Las conductas operan en la concatenación cronológica propia de la *temporalidad* (*Zeitlichkeit*) inherente a todo lo humano[[1]](#footnote-1).
3. Esas circunstancias son las que permiten comprender acabadamente el sentido y significado de la conducta a juzgar y que, por cierto, no se agota con la conducta misma, puesto que se trata de un devenir con su pasado y su continuidad en el presente, que bien se podría calificar como *heraclitiano[[2]](#footnote-2)*.
4. En el plano de la realidad se juzgan comportamientos humanos interactivos en su propio devenir y, por ende, en todos los casos es indispensable una adecuada ponderación de ese devenir para el correcto entendimiento de la materia que se somete a los jueces para su valoración o desvaloración jurídica.
5. Conforme a lo dicho –y como siempre lo ha hecho este Tribunal- la materia a juzgar debe enmarcarse en su correspondiente contexto, que reconoce un pasado y que tampoco se corta abrupta ni inconsultamente en el momento en que se consumó o en que terminó de cometerse el hecho imputado, pues sería por demás arbitrario omitir los datos que en el curso anterior y posterior puedan echar luz sobre lo acontecido, con natural incidencia en la justicia de la decisión que se adopte. En cualquier caso, apelando a la conocida aporía agustiniana, es claro que, de ignorarse el pasado y el futuro, sólo restaría una línea divisoria entre dos *vacíos de ser*.
6. Puede decirse que prácticamente en todos los casos este Tribunal ha procedido considerando tanto los precedentes como también el curso posterior. Este criterio se impone en razón de que, sin la valoración de acontecimientos anteriores, muchas veces no es posible establecer la intencionalidad de un acto, como también que sin la ponderación de los sobrevinientes nunca sería posible saber, por ejemplo, si son o no procedentes las medidas de no repetición que con harta frecuencia se disponen en las sentencias de esta Corte.
7. En este sentido, en el *caso Acosta y otros vs. Nicaragua*, la Corte dijo: *El marco fáctico del proceso ante la Corte se encuentra constituido por los hechos contenidos en el Informe de Fondo sometidos a su consideración. En consecuencia, no es admisible que las partes aleguen nuevos hechos distintos de los contenidos en dicho informe, sin perjuicio de exponer aquellos que permitan explicar, aclarar o desestimar los que hayan sido mencionados en el mismo y hayan sido sometidos a consideración de la Corte. La excepción a este principio son los hechos que se califican como supervinientes o cuando se tenga conocimiento de esos hechos o acceso a las pruebas sobre los mismos con posterioridad, siempre que se encuentren ligados a los hechos del proceso.*[[3]](#footnote-3)En el mismo sentido, se ha pronunciado en casos como *I.V. vs. Bolivia[[4]](#footnote-4)*, *“Cinco Pensionistas” vs. Perú[[5]](#footnote-5)*, *Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador[[6]](#footnote-6)*.
8. La jurisprudencia de la Corte en este punto ha sido pacífica en torno a aceptar la inclusión de hechos sobrevinientes siempre y cuando guarden relación con los hechos del proceso. En este sentido en el *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, dijo: *“Este Tribunal tiene la facultad de hacer su propia determinación de los hechos del caso y de decidir aspectos de derecho no alegados por las partes con base en el principio iura novit curia. Es decir, si bien la demanda constituye el marco fáctico del proceso, aquélla no representa una limitación a las facultades de la Corte de determinar los hechos del caso, con base en la prueba evacuada, en hechos supervinientes, en información complementaria y contextual que obre en el expediente, así como en hechos notorios o de conocimiento público, que el Tribunal estime pertinente incluir en el conjunto de dichos hechos.[[7]](#footnote-7)*
9. La inclusión contextual de hechos posteriores tampoco es una originalidad de la práctica y jurisprudencia de esta Corte, sino que es lo corriente en todo proceso sancionatorio, donde se los suele denominar *hechos sobrevinientes.* Hasta en el más rígido de estos procesos –el propiamente penal- los admite incluso después de la sentencia, si bien por la vía excepcional de revisión extraordinaria, puesto que en esa materia hacen ceder nada menos que el principio de intangibilidad de la *cosa juzgada.* Esta Corte ha dispuesto la incorporación de hechos sobrevinientes a un proceso penal al ordenar a un Estado la revisión de la cosa juzgada írrita en razón de ellos.[[8]](#footnote-8)
10. Menos aún podría aceptarse la tesis de que al Tribunal sólo le sería permitido incorporar al contexto de cada caso los datos que aporte la Comisión Interamericana, dado que ésta desempeña el rol acusatorio ante sus estrados.
11. Si bien la acusación define y cierra la materia que se debe juzgar, no por eso limita la valoración de las circunstancias en que está inmersa, fundamentalmente en razón de que éstas bien pueden beneficiar a la defensa.
12. En todo procedimiento sancionatorio la regla según la cual la acusación concreta y delimita la imputación, constituye una garantía para el acusado, pues le precisa los términos en que articular su defensa, pero en modo alguno puede esta garantía revertirse perversamente en perjuicio de su defensa, privándolo de alegar y probar ante el Tribunal las circunstancias anteriores y posteriores al hecho, o sea, su devenir.
13. No sería lógica ni jurídicamente admisible que, en cualquier materia a ser juzgada, se pretenda que la concreción hecha por la acusación como garantía de que se le juzgará por ese hecho y no por otro diferente, prive al acusado del derecho de alegar circunstancias anteriores y posteriores que prueben la inexistencia del hecho, su ajenidad al mismo o incluso alguna causa de justificación o de exculpación (provocación, agresión, necesidad, etc.).

**II.2. Hechos precedentes**

**II.2.a. La consulta popular y la decisión de esta Corte en 2018[[9]](#footnote-9)**

1. Entendido el contexto en la forma expuesta, que no es otro que la constante en la jurisprudencia del Tribunal, es dable verificar que, en el que correspondiente al presente caso, existen significativos hechos anteriores que son sumamente relevantes para la decisión a adoptar y que se refieren a decisiones previas de esta misma Corte.
2. El más importante de ellos es lo resuelto por la mayoría del Tribunal en 2018, ocasión en la que no hizo lugar a las medidas provisionales solicitadas por la Comisión a efectos de suspender la destitución de tres miembros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social del Ecuador, atendiendo a las importantísimas atribuciones de ese órgano conforme a la Constitución del Estado.
3. En esa oportunidad y en función de una consulta popular convocada por el Poder Ejecutivo sin el previo control de constitucionalidad del máximo tribunal nacional, como lo exigía la Constitución del Estado, se le atribuía a ese poder la facultad de remover a los consejeros de ese organismo y de nominar otros. La mayoría del Tribunal decidió que se trataba de una cuestión que debía resolverse como *de fondo*, sin que de momento fuesen procedentes las medidas provisionales solicitadas por la Comisión.
4. Señalé entonces en mi voto disidente: *La cuestión de fondo, de la que no puede conocer la Corte en el planteo de meras medidas provisionales, es si la remoción de los Consejeros afecta la estructura democrática del Estado, lo que sucedería si significa una concentración o distorsión de poder que lleve al desconocimiento de la democracia plural. Si bien la consulta popular, el referéndum, el plebiscito y otras formas de democracia directa no afectan en principio el sistema democrático, pues están previstas en muchos ordenamientos constitucionales, existen innegables y tristes experiencias históricas, incluso teorizadas y racionalizadas en el campo doctrinario, en las que, por estos o por otros medios, se apeló a coyunturales resultados mayoritarios para suprimir los derechos de la minoría, cuya preservación hace a la esencia del concepto de sociedad abierta. Cfr. Peter Häberle, Europäische Verfassungslehre, Nomos, Baden-Baden, 2006, p. 299.*
5. Agregué en la ocasión que se corría el grave riesgo de desvirtuar la democracia plural mediante la concesión de excesivos poderes al ejecutivo que llamaba a la consulta, cercanos a la suma del poder público, con la posibilidad de que el sistema derivase en una de las mal llamadas democracias *plebiscitarias* del tipo de la postulada por Carl Schmitt[[10]](#footnote-10), que sería contraria a lo prescripto por numerosos instrumentos internacionales que resulta ocioso mencionar por bien conocidos.
6. Al respecto señalé: *Es ampliamente sabido y recalcado por la doctrina constitucional de los Estados democráticos de derecho que, si bien el principio mayoritario es la base de la democracia, no debe ser entendido en sentido absoluto, puesto que tal entendimiento, en su límite extremo, daría lugar a una democracia totalitaria (Cfr. Livio Paladin, Diritto Costituzionale, Padova, 2006, p. 263), como la establecida en la vieja constitución soviética, toda vez que no garantizaría la posibilidad de alternancia en el poder (cfr. Enrico Spagna Musso, Diritto Costituzionale,* Padova*, 1992, p. 151). El principio general parece ser que la mayoría no puede negar los derechos de la minoría, puesto que al hacerlo negaría el de la propia mayoría a cambiar de opinión. Por otra parte, son ampliamente debatidos y problemáticos en este sentido los límites de toda reforma constitucional e incluso la existencia de las llamadas “cláusulas eternas”, como sería entre nosotros el principio republicano (cfr. Peter Häberle, El Estado Constitucional, Bs. As., 2007, p. 258).*
7. Concluía en esa oportunidad sosteniendo que la posición de la mayoría, según la cual se trataba de una cuestión que debía resolverse en su totalidad como *de fondo* y sin distinguir lo que de momento correspondía a una medida provisional, atendiendo a los prolongados tiempos de tramitación para llegar a la instancia *de fondo*, permitiría que se consumase un daño institucional irreparable: *De reemplazarse a los Consejeros respecto de los cuales se impetran las medidas provisionales antes de que el Estado someta el conflicto a su máxima instancia interna, la eventual lesión alegada al sistema democrático se hallaría consumada, dado que en el supuesto en que el máximo tribunal nacional hallase que le asiste razón a los peticionantes, los nuevos Consejeros habrían podido realizar actos cuya validez jurídica quedaría cuestionada o invalidada, con gravísima lesión a la seguridad jurídica y a la estabilidad de los derechos de los habitantes.*
8. Por tales razones me separé de la altamente respetable opinión de la mayoría y voté por *emplazar al Estado para que en un plazo razonable habilite la competencia de su máximo tribunal para que conozca del caso y decida a su respecto*, sin perjuicio de que, mientras tanto, se mantuviesen *a los tres Consejeros en sus funciones hasta que se pronuncie la máxima instancia nacional respecto de la cuestión de fondo*.

**II.2.b. Reciente admisibilidad del planteo de fondo**

1. Desafortunadamente, se confirmó el temor que manifesté en esa ocasión ante las posibles consecuencias de la negativa de esta Corte a hacer lugar a las medidas provisionales impetradas por la Comisión, al parecer incluso en mayor medida de lo que en su momento pude imaginar, al punto que el 7 de setiembre de 2021 la Comisión declaró admisible la cuestión de fondo, planteada por los consejeros removidos y denunciantes en términos que pueden sintetizarse de la siguiente manera:
2. Conforme al artículo 207 de la Constitución el Consejo se integra por siete consejeros que ejercen sus funciones por un período de cinco años. El artículo 205 dispone que tienen fuero de Corte Nacional y sólo pueden ser removidos por juicio político, en cuyo caso deberán ser reemplazados conforme a un nuevo proceso de designación, sin que el Legislativo pueda designar a los remplazantes. Los peticionantes ante la Comisión fueron designados para el período 2015-2020.
3. En setiembre de 2017 el ejecutivo anunció que llamaría a una consulta popular y al mes siguiente envió el respectivo proyecto a la Corte Constitucional, tal como lo dispone el artículo 104 de la Constitución, con el objeto de que ésta controle la constitucionalidad de las preguntas: *En todos los casos, se requerirá dictamen previo de la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de las preguntas propuestas.*
4. Entre las propuestas se hallaba la de habilitar la remoción de los consejeros y el nombramiento de un Consejo Provisorio, que pudiese evaluar las designaciones de funcionarios hechas por el Consejo que se proponía remover. El 5 de octubre de 2017 la Corte Constitucional admitió el trámite y convocó a una audiencia pública para el 29 de noviembre, pero sin aguardar la decisión de la Corte, el ejecutivo emitió dos decretos y convocó la consulta popular que se llevó a cabo el 4 de febrero de 2018. La consulta popular, de esa manera, tuvo lugar sin control previo de la Corte Constitucional, y fue en esas circunstancias cuando se solicitó la antes mencionada medida provisional ante esta Corte.
5. Ahora la Comisión declara la admisibilidad de la denuncia y expresa que ante las alegaciones de los peticionantes *y tras examinar los elementos de hecho y de derecho expuestos por las partes la Comisión estima que las alegaciones de la parte peticionaria relativas a su destitución como miembros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social no resultan manifiestamente infundadas y requieren un estudio de fondo pues los hechos alegados, de corroborarse como ciertos podrían caracterizar violaciones a los artículos 8 (garantías judiciales), 23 (derechos políticos), 24 (igualdad ante la ley) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana en relación con sus artículos 1.1 (obligación de respetar derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), en perjuicio de Edwin Leonardo Jarrín Jarrín, Tania Elizabeth Pauker Cueva y Sonia Gabriela Vera García, en los términos del presente informe.* En consecuencia, declaró admisible la petición *en relación con los artículos 8, 23, 24 y 25 de la Convención en relación con sus artículos 1.1 y 2.[[11]](#footnote-11)*

**II.3. Consecuencias institucionales**

**II.3.a. Actos del Consejo Provisorio**

1. Conforme a la información que es de dominio público acerca del ejercicio de las funciones asignadas al Poder Ejecutivo en razón de la mencionada consulta, como también de los hechos que ahora la Comisión declara en principio con fundamento como para admitir el caso y también de los que recientemente se denunciaron ante el Relator de las Naciones Unidas y de los que admitió el Estado al responder a sus requerimientos, resulta manifiesto el daño irreparable a la institucionalidad derivado de la forma en que el Ejecutivo ejerció los poderes que le atribuyera la referida consulta.
2. En efecto: el Ejecutivo del momento removió a los consejeros cuyo mandato terminaba en el año 2020 y los reemplazó por un Consejo Provisorio, nombrado formalmente por el Legislativo, pero de ternas previamente enviadas por el ejecutivo, sin que el legislativo pudiera nombrar a ninguna otra persona fuera de las propuestas por el ejecutivo en esas ternas, siendo de destacar que éste contaba con mayoría propia en la Asamblea.
3. Todo parece indicar que los miembros de ese Consejo Provisorio se atribuyeron y ejercieron potestades que no confiere la Constitución a ese organismo, en función de las cuales removieron, acortaron los mandatos o de alguna manera se liberaron de los jueces de la Corte Constitucional, removieron a los consejeros del Consejo de la Judicatura, nombraron nuevos consejeros con la misión de *evaluar* jueces y luego interfirieron en la acción de este mismo organismo deteniendo el trámite de concursos.
4. De ese modo, en principio *resulta que la consulta fue convocada y se llevó a cabo sin el control constitucional de la Corte Constitucional y, en función de esa consulta, el ejecutivo nombró un nuevo Consejo Provisorio que de alguna manera habría removido a los jueces de la Corte Constitucional que no había ejercido el control habilitante de la consulta.*
5. Es más que obvio que la jurisprudencia de este Tribunal siempre ha sido extremadamente cuidadosa y ha permanecido atenta ante remociones de magistrados, especialmente de tribunales supremos y constitucionales, como en los casos de Perú y otros Estados[[12]](#footnote-12). Si bien el caso no ha sido planteado, la Corte no por eso puede pasar por alto estos episodios de alto volumen institucional al enmarcar el caso.
6. Dado que el Consejo Provisorio también nombró un nuevo Consejo de la Judicatura al que encargó de evaluar y remover jueces, el reemplazo de los consejeros dispuesto por el ejecutivo habilitado para eso por la consulta, por vía directa o indirecta posibilitó las destituciones de jueces y de algún modo se suspendió la designación de nuevos jueces por concurso, lo que permitió la permanencia de jueces temporarios, o sea, que existiría una anormalidad institucional que comprometería seriamente la independencia del Poder Judicial y el propio principio del juez natural.
7. Cabe observar que el Consejo Provisorio nominado por el ejecutivo en función de la consulta, destituyó también al Fiscal General, es decir, al jefe del Ministerio Público y llamó a un concurso para designar a la nueva titular que llevó adelante las acusaciones contra los funcionarios del anterior gobierno identificados con el que a esas alturas había pasado a ser el principal partido político opositor del ejecutivo en funciones.
8. Es suficientemente sabido que toda cabeza del Ministerio Público, como órgano jerarquizado y representante de los intereses de la sociedad, es quien decide la política judicial respecto de los casos en que la acción penal debe impulsarse con preferencia a otros y, en este aspecto, tiene un decisivo poder de selección y ordenamiento de la persecución penal.
9. Dos de las personas condenadas por esos nuevos jueces temporales en el mismo proceso (*Caso Sobornos*, al que me referiré a continuación) en que se condenó al dirigente máximo del movimiento político opositor y al vicepresidente del ejecutivo que llevó adelante la consulta y nombró al Consejo Provisorio, acudieron a las Naciones Unidas, denunciando persecución política y anomalías que afectarían la independencia judicial.
10. El 9 de julio de 2021, el Relator Especial sobre Independencia de los Magistrados y Abogados de la Organización de las Naciones Unidas, sintetizó los hechos denunciados por las supuestas víctimas y solicitó explicaciones al Estado[[13]](#footnote-13), dado que expusieron ante las Naciones Unidas el contexto de medidas institucionales que, en base a la consulta popular, dieron lugar al nombramiento del Consejo Provisorio, alegando que se trataría de un caso de persecución política de los usualmente llamados de *lawfare*, en que los jueces intervinientes habrían sido nombrados con injerencia del ejecutivo, en un proceso penal particularmente acelerado en medio de la pandemia, con el objeto de impedir la candidatura del principal dirigente de la oposición en las elecciones de febrero de 2021 y, cabe añadir, que incluso se impidió con eso su intervención personal en la campaña electoral y también usar su voz o mencionar su nombre durante esa campaña.
11. El Relator expresa textualmente lo siguiente: *Los señores Phillips Cooper y Fontana Zamora fueron partes procesadas y condenadas penalmente en el marco de la investigación del caso conocido como “Sobornos”, que, versó sobre presuntos casos de corrupción cometidos durante el gobierno del ex–presidente del Ecuador, Rafael Correa Delgado, donde éste, varios de sus funcionarios y algunos empresarios, fueron procesados y condenados. Según la fuente, se trataría de un caso de persecución política dada la indebida utilización del aparato de administración de justicia, con el fin de dictar una sentencia condenatoria para evitar la participación del señor Correa en las pasadas elecciones de febrero de 2021.*
12. En respuesta al requerimiento del Relator, el Estado admitió que, en efecto, el Consejo Provisorio, nombrado por el ejecutivo en función de las atribuciones conferidas por la consulta, el 23 de enero de 2019 *designó a los nuevos miembros principales del Consejo de la Judicatura y exhortó a este órgano a que proceda a la evaluación inmediata de los jueces y conjueces de la Corte Nacional de Justicia.* Queda claro, pues, que el Estado admitió que, por medio de funcionarios nombrados por el Poder Ejecutivo, dispuso una suerte de *depuración* del Poder Judicial.[[14]](#footnote-14)
13. El Consejo Provisorio habría interrumpido los concursos convocados por el Consejo de la Judicatura así nombrado para cubrir vacantes, lo que habría posibilitado la continuidad de los jueces temporales. Todo indica que se trataría de una interferencia seriamente lesiva de la independencia judicial y del principio del juez natural.
14. Sintéticamente: *el poder ejecutivo convocó una consulta popular sin el control constitucional de la Corte Constitucional y, en ejercicio de los poderes que le otorgó esa consulta, por medio de un Consejo Provisorio por él mismo seleccionado, se deshizo de la Corte Constitucional, del Consejo de la Judicatura y de todos los jueces que consideró inadecuados, como también del jefe del Ministerio Público además de instruir al nuevo Consejo de la Judicatura para suspender los concursos para proveer las vacantes, prolongando la permanencia de jueces temporales.*
15. Lo cierto es que *hasta el momento se ha declarado admisible la denuncia de los tres consejeros removidos en función de la consulta en el Sistema Interamericano y también se ha dado curso y requerido explicaciones al Estado sobre posibles intromisiones del ejecutivo en la justicia en el sistema de las Naciones Unidas.*

**II.3.b. El “Caso Sobornos”**

1. En las apuntadas circunstancias tuvo lugar la condenación en el llamado *Caso Sobornos*, que ahora es cuestionado ante las Naciones Unidas y motivó el requerimiento del Relator. Por cierto, la premura en esta sentencia al parecer es verosímil, pues contrastaría con el ritmo de avance de otros procesos. En particular es llamativa la celeridad del proceso en medio de los terribles y dramáticos efectos letales que tuvo la pandemia en Ecuador y que son del público conocimiento.
2. La sentencia del caso ha sido fuertemente criticada con sólidos argumentos jurídicos en un reciente libro del Profesor ecuatoriano y defensor en la causa, Dr. Alfonso Zambrano Pasquel.[[15]](#footnote-15)
3. En ese voluminoso libro se señalan posibles problemas de congruencia, cambio de calificación, aplicación indebida de la teoría de la autoría mediante un aparato organizado de poder, insuficiente motivación de la sentencia y otras. Si bien se trata de una obra que debe ser considerada con la debida precaución, habida cuenta de que su autor es un abogado defensor, las objeciones que formula coinciden bastante con lo que se denuncia ante los organismos de las Naciones Unidas y sobre lo cual pidió explicaciones el Relator y, además, la profundidad con que el autor analiza detalladamente los pasos procesales y la sentencia, revelan por lo menos seriedad en cuanto a la técnica jurídica aplicada a la crítica.
4. Entre otras cosas, cabe agregar también que llama poderosamente la atención que una de las pruebas de ese proceso haya consistido en un cuaderno manuscrito por una procesada, pues al parecer, estas extrañas pruebas documentales, provistas de puño y letra por personas diligentes y memoriosas, se han usado en la región también en otros casos de práctica del usualmente llamado *lawfare,* o sea supuestos de montajes judiciales para persecución política.
5. Otro dato que en el plano internacional resulta significativo es que el Estado requirió la detención de su principal dirigente opositor residente en Bélgica y condenado en este caso, pero su requerimiento ha sido rechazado por la *Internacional Criminal Organization* (Interpol), como en general sucede cuando esta organización considera que existen fundados motivos para sospechar que se trata de hechos de persecución política.
6. Es de público y notorio conocimiento que la encarnizada lucha política que divide al Ecuador se originó cuando el ex-presidente Lenin Moreno rompió con su predecesor, dividiendo al movimiento político que lo había llevado al poder. En esas circunstancias, su predecesor y sus partidarios pasaron a constituir la principal fuerza de oposición, con serias dificultades para reorganizar su sector y participar en las elecciones. De cualquier manera, queda claro que en este momento el país sufre una muy profunda polarización política, en la cual la principal fuerza opositora es el movimiento que encabeza el predecesor del presidente que en 2018 convocó la consulta y que no puede regresar al país en razón de la condena en el mencionado *Caso Sobornos*.
7. Cabe agregar que en el referido *Caso Sobornos* se condenó también al propio vicepresidente del ejecutivo que convocó la consulta, Ingeniero Jorge Glas que, cuando el nuevo presidente rompió con su predecesor, permaneció en el sector político opositor, y que se halla privado de libertad hasta la fecha.
8. No está claro si al ex-vicepresidente constitución al electo popularmente se lo destituyó según el procedimiento constitucional, o si se lo reemplazó por el mero hecho de que estando preso no podía ejercer sus funciones, pero más allá de esta circunstancia, lo cierto es que las condiciones en que se lo mantiene privado de libertad han sido materia de seria preocupación y en algún momento hicieron temer por su vida, de forma tal que la Comisión Interamericana dispuso medidas cautelares que determinaron su reubicación. También ha trascendido que en breve procedería a realizar una visita para verificar *in situ* la situación actual del detenido.
9. Sin perjuicio de lo actuado por la Comisión, noticias periodísticas dan cuenta de que otras autoridades de relieve en el plano internacional se habrían manifestado preocupadas por la situación del ingeniero Glas, a quien al parecer se le siguen nuevos procesos, conforme al conocido procedimiento de *clonación* indefinida de procesos penales, propio de reiterados casos de *lawfare* en nuestra región, como el que desde hace más de cuatro años afecta de la señora Milagro Sala en la Argentina y que también motivó medidas por parte del Sistema Interamericano y de esta misma Corte.[[16]](#footnote-16)
10. Considero absolutamente innecesario llamar la atención acerca de la enorme gravedad de lo señalado para la democracia, el respeto debido al pluralismo y a los principios del Estado de Derecho, ampliamente desarrollados en la jurisprudencia de esta Corte y ratificados con las recientes medidas dispuestas respecto del Estado de Nicaragua.[[17]](#footnote-17)

**II.3.c. Conclusiones respecto del contexto**

1. Si bien algunos de los datos consignados *supra* serán ventilados en el curso de las investigaciones a las que se ha dado trámite en el Sistema Interamericano y en el de la Organización de las Naciones Unidas, lo cierto es que lo que se halla plenamente probado y, por ende, está fuera de cualquier duda, es lo siguiente:

(a) La situación institucional del Ecuador, como resultado del uso que el Poder Ejecutivo hizo de las atribuciones conferidas por la mencionada consulta, está cuestionada internacionalmente y se han abierto indagaciones a su respecto que se hallan en pleno trámite tanto ante el Sistema Interamericano como ante la Organización de las Naciones Unidas, lo que indica que en ambos ámbitos *prima facie* se ha dado crédito a lo denunciado.

(b) Interpol rechazó el requerimiento de detención internacional del dirigente opositor ecuatoriano con motivo de su condenación en el *Caso Sobornos*, como suele suceder cuando reconoce indicios de que un posible caso de persecución política.

(c) Las condiciones de detención del Ingeniero Glas, condenado en el mismo caso, determinaron medidas por parte de la Comisión Interamericana[[18]](#footnote-18), que sigue observando con atención su situación.

(d) La polarización y consiguiente lucha política en Ecuador es encarnizada, el país se halla profundamente dividido y el principal partido político opositor es el que encabeza el predecesor del ejecutivo que convocó la consulta.

1. Por estas razones, a las que sumo las que seguidamente pasaré a exponer, y pese al alto respeto que me merece la opinión de la mayoría, me apartaré de su criterio, por considerar que *en este caso todo indica que el Estado pretende utilizar a esta Corte para hacer jugar su sentencia en el marco de una abierta, impiedosa y crudelísima polarización política interna.*

**III**

**CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA**

**III.1. El mínimo de realismo jurídico**

1. Desde hace décadas me manifesté decididamente inclinado al realismo jurídico en el sentido de que el derecho debe respetar los datos de la realidad del mundo. Dado que son varias las corrientes del pensamiento jurídico que se identifican como *realistas* (por ejemplo, el realismo jurídico norteamericano y otras[[19]](#footnote-19)), me permito precisar el encuadre teórico desde el que paso a considerar el presente caso.
2. En la Alemania de posguerra, traumada por el desastre, tuvo lugar un renacimiento del derecho natural o supralegal en todas sus versiones, acusando al positivismo jurídico de haber franqueado el paso a las deformaciones que habían permitido la perversión del derecho en tiempos del nazismo.
3. Este renacimiento de todos los jusnaturalismos respondía a la sana intención de limitar la omnipotencia del legislador y fue incluso receptado en las primeras sentencias del flamante *Bundesverfassungsgericht***.** En medio de esas discusiones propias de los tiempos de la reconstrucción de Adenauer, se enunció la más limitada, modesta y sin embargo elemental de las invocaciones al realismo, con el nombre de *estructuras lógico-reales* (*sachlogischen Strukturen*)[[20]](#footnote-20), enunciada en oposición a la posición neokantiana sudoccidental, que partía de una teoría del conocimiento que lo limitaba a los datos del mundo ordenados por el *valor*, o sea, a la escuela que sostenía que lo que el valor no ordenaba, si bien pertenecía al mundo, no podía ser incorporado al derecho, que era una ciencia cultural o *del espíritu*, por oposición a las empíricas o naturales.[[21]](#footnote-21)
4. Por el contrario, la teoría de las estructuras lógico-reales parte de la elemental premisa de que, si bien el orden jurídico es un orden, no es el único orden del mundo, donde hay otros muchos órdenes (físico, natural, social, cultural, etc.) que pertenecen a la realidad u *onticidad* del *Welt* y que, por cierto, éste no es un caos.
5. El legislador y el juez no están atados necesariamente a estos órdenes, pero cuando no los respetan y pasan a construir conceptos propios desconociéndolos, el resultado es que las normas o decisiones se dirigen a objetos o entes distintos de los que se enuncian y, por ende, los objetivos proclamados como *ratio legis* no son los reales -son falsos-, puesto que tienen efectos diferentes y recaen sobre otros entes que no son los enunciados.
6. Las decisiones de legisladores y jueces que procedan de esta manera no son inválidas ni dejan de ser derecho, pero en el plano de la realidad no cumplen con sus fines manifiestos, sino con otros extraños a los proclamados y hasta incluso contrarios a éstos.
7. Dado que la metodología que permite seleccionar los datos del mundo a voluntad deja su incorporación al derecho a criterio de cada teórico, los hubo que estructuraron sistemas y construcciones liberales en su marco[[22]](#footnote-22), pero otros, en uso de la arbitrariedad que posibilita la teoría del conocimiento en que se asienta, la aprovecharon para limitar selectivamente la incorporación de datos del mundo con intencionalidad totalitaria y pervertir el derecho en tiempos del nazismo[[23]](#footnote-23). Por cierto, no ignoro los esfuerzos de los defensores del neokantismo que, a mi juicio, no hacen más que insistir metodológicamente en la indefensión del derecho frente a embates políticos autoritarios o totalitarios, aunque personalmente no cultiven esas tendencias.[[24]](#footnote-24)
8. El derecho internacional de los Derechos Humanos impone el respeto a la dignidad humana, es decir, a la consideración antropológica de todo ser humano como ente capaz de cierto ámbito de autodeterminación y dotado de conciencia moral, al que le son inherentes algunos derechos por el mero hecho de ser un humano o una humana. Esta es la forma en que, en el siglo XVI, Fray Bartolomé de Las Casas enunció en nuestra América la idea que cuatro siglos después habría de recoger el derecho internacional.
9. Esta esencia de nuestra materia no puede menos que imponernos para su interpretación y aplicación el estricto respeto a la estructura lógico-real, o sea, que nos es indispensable atender, incorporar y respetar los datos del mundo y de la antropología jurídica subyacente, pues de lo contrario, de omitir o seleccionar arbitrariamente los hechos del mundo que hacen al devenir de cada hecho a juzgar, es posible que abiertos y crueles actos de violación de los derechos más elementales pasen por respetuosos de la dignidad de la persona, sólo porque las circunstancias que hacen a la situación constelacional concreta no estuviesen incorporadas por el valor y, por ende, cayesen fuera de la consideración jurídica.
10. Es desde esta perspectiva de limitado y elementalísimo realismo jurídico que, pese al alto respeto que me merece la opinión de la mayoría de la Corte, me aparto de su criterio de excluir de la condición de condenado o, al menos, de directo perjudicado por la sentencia, al dirigente de la más importante fuerza política opositora ecuatoriana.
11. Me reafirma aún más en esta posición la circunstancia de que el singular reconocimiento de la responsabilidad del Estado haya sido formulado ante el Sistema Interamericano precisamente bajo la administración del ex–presidente que rompió con el dirigente opositor que resultará directamente perjudicado por la sentencia, o sea, por la misma persona física que dio lugar a la encarnizada polarización política ecuatoriana, que convocó irregularmente a una consulta popular, que en función de ella removió a la Corte Constitucional, al Consejo de la Judicatura, al Procurador General y a jueces.

**III.2. Los efectos de una condena formal contra el Estado**

1. Es obvio que la formal condena al Estado en el presente caso resulta por completo funcional para desacreditar a quien ahora es el máximo dirigente del partido opositor al actual oficialismo y que, además de verse obligado al exilio en razón de un proceso de cuestionada legalidad, quedaría estigmatizado como perseguidor de periodistas y agresor contra la libertad de opinión, confirmando la calificación de *dictador* que le asigna una de las supuestas víctimas en la publicación que se discute como cuestión central en el caso y que se reproduce *in extenso* en la opinión mayoritaria de esta Corte, a la que remito *brevitatis causa*.
2. Este será el principal efecto político perjudicial para el dirigente y para la primera fuerza opositora al gobierno del Estado, que habrá de tener la sentencia de esta Corte al limitarse formalmente a condenar al Estado.
3. No obstante -y con independencia de lo que acabo de exponer-, conforme al altamente respetable criterio mayoritario de esta Corte, también se imponen al Estado sanciones pecuniarias en favor de las supuestas víctimas y que –con toda seguridad- habrán de recaer por vía de repetición contra el citado dirigente político opositor, con clara y grave lesión de sus derechos patrimoniales.
4. Esta certeza se deriva de las manifestaciones de numerosos ex–funcionarios ecuatorianos identificados con el principal partido opositor, acerca de las decisiones de un órgano estatal llamado *Contraloría General del Estado*. Según las reiteradas y ampliamente difundidas denuncias públicas de estos ex–funcionarios ahora opositores, el Contralor o titular del antes mencionado organismo, emite lo que curiosamente se denominan *glosas,* que en realidad son ordenes de embargos no judiciales.
5. Cuando este funcionario considera que en el ejercicio de funciones públicas una persona ha causado un perjuicio a la administración, dispone por sí, es decir, sin intervención judicial, un embargo que le inmoviliza el patrimonio, pudiendo hacerlo incluso contra funcionarios democráticamente electos y en ejercicio de sus respectivos mandatos, como es el caso de legisladores de la oposición.
6. Las llamadas *glosas* suelen imponerse por sumas millonarias de dólares, lo que significa una privación total del derecho a disponer de la propiedad, es decir, una suerte de inmovilización general del patrimonio. Esta repetición automática de las reparaciones dispuestas por la Corte se producirá contra el patrimonio del *real u ónticamente* condenado en esta sentencia, por las mismas sumas que ésta señala como reparación a cargo del Estado.
7. Aunque es casi sobreabundante advertirlo, es sabido que el derecho de propiedad garantizado por la Convención no debe entenderse en el estrecho sentido civil del derecho real de propiedad, sino en el de disponibilidad del patrimonio, es decir que el derecho que tutela la Convención no se afecta únicamente cuando se disminuye el contenido patrimonial, sino también cuando se lo inmoviliza.
8. En consecuencia, un embargo por cifras millonarias y que exceden en muchos casos la cuantía de todo el contenido patrimonial de la persona, dispuesto por un órgano no judicial y para cuya revocación el afectado debe acudir a los jueces de un judicial cuestionado incluso internacionalmente, importa una grave lesión al derecho de propiedad entendido como derecho a la disponibilidad del patrimonio. Equivale, pues, a una temporaria -aunque indefinida- confiscación general de bienes, pues no sólo no está dispuesta por jueces, sino que tampoco presenta los caracteres de las medidas cautelares civiles, dado que no admite la exigencia de contracautelas.
9. En síntesis, *la consecuencia real de una sentencia condenatoria de esta Corte es la condenación política y patrimonial contra el principal dirigente del partido opositor al gobierno del Estado cuyo Ejecutivo se colocó en situación de indefensión al formular el singular reconocimiento de responsabilidad ante esta misma Corte.*

**III.3. Indefensión del *ónticamente* condenado**

1. De pasar por alto los datos del mundo que permiten verificar que el dirigente de la más importante fuerza política opositora ecuatoriana sería el principal damnificado por la condenación formal al Estado, se impone con toda coherencia que se le prive del ejercicio de su derecho de defensa. Se trata de una lógica impecable: al no ser acusado, no será condenado y, por ende, carece de todo derecho a pretender defenderse ante el Tribunal. A mi entender, se trata de un claro ejemplo de quiebra de la estructura lógico-real que vincula el derecho con el mundo y que, como en todos los supuestos similares, conduce a un resultado paradojal.
2. El directo perjudicado por esta sentencia, hizo notar ante el Tribunal las innumerables veces que fue citado por su nombre por la Comisión, tanto por escrito como en manifestaciones orales, como también por todos los demás intervinientes en la audiencia, lo que lo colocó en la posición de protagonista central del caso. Ante la eventual afectación de sus derechos como consecuencia de una sentencia de esta Corte solicitó ser escuchado por sus jueces.
3. En voto dividido, la Corte decidió no reabrir la audiencia para escuchar su versión de los hechos, al tiempo que manifestó que podía hacerlo por vía de *amicus curiae*.
4. Esta decisión resulta singular en la jurisprudencia de esta Corte, por su inadecuación a la naturaleza y función del *amicus curiae* que, conforme a su concepto tradicional y a su propio *nomen iuris,* es la de un informe, aporte o contribución enriquecedora de la perspectiva del Tribunal, siempre procedente de un *amigo del tribunal* y no de una de las partes involucradas, comprometidas o directamente perjudicadas en la controversia, como sería la del dirigente de la oposición ecuatoriana en este caso.
5. Como se deduce de lo anterior, ese aporte del *amigo del tribunal* no es una prueba. Incluso en el caso en que señalase medios de prueba de los que el tribunal careciese y quisiese tomar en cuenta, debiera disponer éste su recepción de oficio, pero no considerar como prueba al *amicus curiae* en sí mismo. El problema procesal creado por la altamente respetable opinión de la mayoría de esta Corte es que no deja claro si asigna carácter de prueba o de acto de defensa a algo que tradicionalmente y sin ninguna disidencia doctrinaria se ha considerado siempre como una colaboración amigable para mayor y mejor ilustración del Tribunal.
6. Descartada la naturaleza jurídica de prueba del *amicus curiae,* en cuanto a su posible carácter de declaración del acusado, cabe hacer notar que ésta tiene en todo proceso sancionatorio la naturaleza de un acto de defensa, en el que se otorga al imputado la posibilidad de explicar con la mayor amplitud posible sus argumentos, siempre que así lo desease y sin que su negativa implique una presunción en su contra.
7. De hecho y conforme a la realidad del mundo, el principal perjudicado por esta sentencia formalmente pronunciada contra el Estado, no ha tenido la oportunidad de hacerse escuchar en el procedimiento ante la Corte, donde únicamente se le ha brindado la posibilidad de pronunciarse como *amigo del tribunal*, pese a haber sido la persona más citada por su nombre en el acto acusatorio escrito, en la acusación oral, en las declaraciones de testigos y peritos, o sea, que haya sido la presencia constante en todo el procedimiento e incluso ahora en la altamente respetable opinión vertida por la mayoría de esta Corte.
8. Considero procesal y jurídicamente inadecuado desvirtuar el concepto tradicional del *amicus curiae* y considerarlo como un medio de prueba o como un acto de defensa supletorio de la declaración del acusado o perjudicado, puesto que cuando se alteran conceptos que son pacíficamente aceptados por la doctrina y la jurisprudencia, se siembra confusión e inseguridad jurídica hacia el futuro. Por ende, para neutralizar ese efecto, se impone preguntar cuál es la verdadera naturaleza jurídica del escrito que la Corte permitió presentar a la persona sobre la que recaerán en definitiva las sanciones políticas y patrimoniales como consecuencia de lo resuelto por el Tribunal.
9. Descartando la alteración conceptual antes observada, debe entenderse que la mayoría de la Corte decidió que, en lugar de una audiencia, el dirigente político opositor podía expresarse únicamente a través de un escrito. Se le ha brindado pues, la posibilidad de presentar un escrito para que exprese sus puntos de vista, con la única seguridad de que no le sería devuelto *in limine* por improcedente.
10. Es sabido que un escrito no equivale a una declaración en audiencia, donde la persona que puede resultar condenada o gravemente perjudicada puede explayarse, ser repreguntada por las partes y los jueces y disipar dudas, además de la importancia que siempre tiene la impresión directa que produce el declarante en los jueces, lo que no deja de ser relevante cuando se trata de valorar el contenido de verdad de sus dichos, en lo que juegan la espontaneidad de las respuestas, el grado de sinceridad de sus manifestaciones, su estado de ánimo, la firmeza o el nerviosismo, los titubeos, etc.
11. Por estas y otras razones, el procedimiento meramente escrito hace tiempo que tiende a ser archivado en la legislación procesal –no sólo penal-, justamente porque impide esta comunicación presencial y directa. Esto es tan verdadero que, con todo acierto y prudencia, esta misma Corte sólo admite el procedimiento escrito cuando se trata de supuestos en que únicamente se discuten cuestiones de puro derecho, lo que es obvio que no es el supuesto del presente caso.
12. De lo anterior se deriva la conclusión de que*, en esta oportunidad y en el procedimiento ante esta Corte, se privó de este derecho a un notorio dirigente del principal partido opositor, sobre el que recaerán los efectos políticos y patrimoniales de la sentencia condenatoria que formalmente pronuncia esta Corte contra el Estado.*

**III.4. Eventual lesión a la democracia**

1. El efecto de una sentencia formalmente condenatoria para el Estado, pero real u ónticamente lesiva para un notorio dirigente a la principal fuerza opositora del Estado, en circunstancias de fortísima y despiadada polarización política y con un marco institucional cuestionado, es altamente preocupante para el futuro de la democracia en ese país, dado que se hallan en juego nada menos que el pluralismo democrático y los principios elementales del Estado de derecho, sin contar con que puede entenderse como la admisión de alguna de las formas de las mal llamadas democracias *plebiscitarias*, que no son tales en el sentido del derecho internacional vigente en el continente.
2. A este respecto, cabe señalar que, con toda claridad y precisión, esta Corte señaló en 2010 en el caso *Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*, la importancia vital de la pluralidad democrática: *“(…) es de resaltar que las voces de oposición resultan imprescindibles para una sociedad democrática, sin las cuales no es posible el logro de acuerdos que atiendan a las diferentes visiones que prevalecen en una sociedad. Por ello, la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados, mediante normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios, pero también mediante la adopción de medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales.”[[25]](#footnote-25)* En el presente caso no se trata de sectores o grupos sociales minoritarios, sino que quien se halla en situación de vulnerabilidad es nada menos que la principal fuerza política opositora.

**IV**

**EL HECHO DENUNCIADO POR LOS PETICIONANTES**

**IV.1. Legalidad del tipo penal**

**IV.1.a. El tipo vigente al tiempo del hecho**

1. El proceso seguido contra el periodista y los editores y que, según la altamente respetable opinión de la mayoría de la Corte, configuraría el ilícito jushumano, se basó en un tipo penal que, en el singular reconocimiento de responsabilidad del Estado, se acepta y da por cierto que resultaba violatorio del principio de legalidad penal.
2. Se admite por el Estado, pues, que el tipo penal aplicado al caso y vigente en el derecho positivo ecuatoriano de ese momento, habría sido violatorio del requisito de estricta legalidad penal. Al admitir este reconocimiento, indirectamente también la Corte admite la violación a la legalidad penal.
3. La elemental garantía penal de *estricta legalidad*, que se remonta al Iluminismo del siglo XVIII y a los liberales del siglo siguiente, sintetizada por Anselm Ritter von Feuerbach en la fórmula *nullum crimen sine lege*, ahora universalmente reconocida en toda legislación respetuosa de las libertades públicas, impone al legislador que precise con la mayor exactitud posible en el tipo (supuesto de hecho o *Tatbestand* legal) la conducta que se conmina con pena.
4. En el caso, se trató de los artículos 489 a 493 del código penal vigente en ese momento, que se aplicó haciendo jugar el tipo calificado del artículo 493, que remitía a la definición del artículo 489. La conducta típica básica era claramente *la falsa imputación de un delito*, como lo decía textualmente el artículo 489, denominándola *injuria calumniosa*.
5. Cabe aclarar que en Ecuador ha existido la pésima costumbre legislativa de publicar ediciones oficiales del código penal reordenando la numeración del articulado, pero reproduciéndolos textualmente. Los dispositivos numerados como 489 a 493 que se cuestionan, son exactamente los mismos que permanecían en el código penal ecuatoriano desde su sanción en 1938, sólo que numerados como artículos 465 a 469.
6. Es interesante hacer notar que desde siempre en la legislación penal ecuatoriana *la falsa imputación de un delito* fue una calumnia, aunque no siempre se tuvo clara su distinción con la injuria, lo que podía acarrear problemas de legalidad. Así sucedía desde la curiosa y farragosa redacción del artículo 498 del código de 1837, que seguía al artículo 699 del código español de 1822, aunque previendo penas todavía más insólitas y enormes que éste[[26]](#footnote-26): *Son calumniadores los que voluntariamente y a sabiendas, imputaren a otra persona algún hecho falso, que si fuera cierto, expondría a la persona contra quien se hiciera la imputación , a un procedimiento criminal; y siempre que la imputación se haya hecho en reuniones o sitios públicos o en concurrencia particular de diez y seis o más individuos, serán obligados a dar al calumniador satisfacción pública atestatoria, y castigados además del modo siguiente: - Si el hecho que se imputa fuere de los que tienen señalada pena represiva, serán condenados a presidio por seis a diez años, y si el hecho mereciera cualquier otra pena, serán destinados a la prisión de dos a seis años*.[[27]](#footnote-27)
7. La calumnia se mezcló con la injuria en el código de García Moreno, aunque la primera variante siguió siendo la falsa imputación de un delito, pero dicho de un modo diferente: *Es calumnia la imputación que se hiciere a una persona de un hecho determinado de tal naturaleza, que la exponga a un enjuiciamiento por crimen o delito, o que la causa alguna deshonra, odio o desconcepto en la opinión pública o algún otro perjuicio[[28]](#footnote-28)*. La confusión con la injuria en este texto proviene de su fuente de inspiración en el artículo 443 del código penal belga[[29]](#footnote-29). Esta confusión se mantuvo textualmente en el artículo 420 del código de Eloy Alfaro de 1906[[30]](#footnote-30).
8. Puede afirmarse que, desde el código de García Moreno, pasando por el de Eloy Alfaro y hasta llegar a 1938, la confusión de la calumnia con la injuria y la dudosa precisión de la definición de esta última, no respetaban el principio de estricta legalidad penal.
9. El código de 1938 no innovó demasiado en el texto anterior de Eloy Alfaro, pues no alteró su estructura, limitándose a introducir algunas disposiciones inspiradas en el código italiano de Rocco, pero en esta materia los codificadores parece que se percataron de la falla de los textos anteriores y, pese a usar genéricamente el término *injuria*, distinguieron nítidamente la *calumniosa* de la *no calumniosa*, definiendo a la primera con toda precisión como *la falsa imputación de un delito*, fórmula que no deja lugar a dudas y, en el artículo 469 (que con el número 493 es el que se aplicó al periodista y a los editores) se refieren claramente a la *injuria calumniosa* que, más allá del *nomen juris,* es lo que en toda la legislación comparada se tipifica como *calumnia*.
10. Por ende, en la ley aplicada estaba perfectamente demarcado que se procesaba por *la calumnia dirigida a la autoridad* y que por *calumnia* se entendía *la falsa imputación de un delito*. Más allá de la simpatía o antipatía que pueda despertar este tipo, no se le puede achacar falta de precisión en la individualización de la conducta que quiere penar: *se pena la falsa imputación de un delito dirigida a la autoridad*. Más precisión no es posible exigir a ningún legislador.
11. Este caso es completamente diferente al resuelto por esta Corte en el Caso Usón Ramírez vs. Venezuela[[31]](#footnote-31), en que se consideró correctamente que el Estado era internacionalmente responsable por la condena en perjuicio de Francisco Usón Ramírez, entre otras cosas, por la violación al principio de legalidad en razón de la vaguedad de la definición de la conducta típica de injurias. En nuestro caso se trata de calumnia y la definición no puede ser más precisa: *falsa imputación de un delito*.
12. Aunque no resulta menester, bueno es recordar que la doctrina explica que la distinción en orden a la mayor gravead de la calumnia respecto de la injuria, obedece a que con la primera se afectan dos bienes jurídicos, o sea, el honor por lesión y la libertad personal por peligro, puesto que *la falsa imputación de un delito* es susceptible al menos de generar una investigación y un procesamiento.
13. Como se puede observar, en modo alguno estaba afectado el principio de estricta legalidad en la legislación vigente en el momento del procesamiento y, en cuanto a los editores, se trata de una cuestión de hecho y prueba determinar si se pueden considerar coautores o partícipes (cómplices necesarios o simples), puesto que pretender que invariablemente éstos queden a salvo de cualquier responsabilidad, importaría consagrar un indebido privilegio de total impunidad para lesionar el honor y la libertad de cualquier habitante, dado que siempre existe el expediente sencillo de hacer firmar un artículo por cualquier persona ignota que se preste a ello o a la que se le pague para que lo haga. Lo dicho es corriente también en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia comparadas.

**IV.1.b. Innecesariedad de la expresa previsión legal de la justificación**

1. Es sabido que existe una corriente que postula la supresión de los tipos penales de delitos contra el honor, para pasar a resolver la conflictividad resultante de esas lesiones a la justicia civil. La cuestión es discutible y en general, en América Latina no se ha seguido esa línea ni tampoco esta Corte se ha pronunciado al respecto, lo que resulta correcto, dado que incumbe a cada Estado decidir sus propios criterios de política criminal, siempre que no violen la Convención Americana ni otros instrumentos de Derechos Humanos.
2. La legislación comparada muestra que en algunos de nuestros países se ha consagrado legalmente en forma expresa la impunidad de estos delitos cuando sean motivados por cuestiones que hacen al interés púbico (por ejemplo, los artículos 109 y 110 del código penal argentino). La conveniencia de estas disposiciones es opinable, pero *lo importante no es que se lo consigne o no legalmente, sino que los jueces no impongan penas cuando la actividad periodística tenga por finalidad criticar o exponer cuestiones que son de interés público, lo que no es más que el ejercicio de un derecho reconocido por las Constituciones y el derecho internacional.* El orden jurídico no es un caos normativo, sino que los jueces deben entenderlo con la coherencia que corresponde a un sistema y, por ende, deben dar por descontado que ninguna disposición infraconstitucional puede ser interpretada fuera del marco impuesto por las normas de suprema jerarquía.
3. Tampoco la consagración legal en estas disposiciones resuelve todos los problemas, puesto que en definitiva se halla en juego un derecho constitucional e internacionalmente consagrado, o sea que, en cada caso será menester ponderar valores: el derecho al honor del funcionario por un lado y el derecho de expresión y crítica cuando se trate de un interés público por el otro. Se o no expresamente consagrada la impunidad en la ley, la crítica periodística en materias de interés público es siempre el ejercicio de un derecho y, por ende, se trata de una cuestión que no hace a la tipicidad de la conducta, sino a su justificación, teniendo en cuenta que *el legítimo ejercicio de un derecho es siempre la esencia de todas las causas de justificación*.
4. La impunidad de la actividad periodística en estos casos no emerge de la ley penal, sino de la constitucional e internacional. Pretender que la ley penal consagre todas las justificaciones o todos los recortes de las prohibiciones típicas resultantes de la totalidad del orden jurídico, sería tan absurdo como considerar que viola la legalidad el tipo de homicidio porque no se le agrega *salvo que sea en legítima defensa,* el de lesiones porque no se le acota *salvo que sea practicada por un médico con finalidad terapéutica,* el de hurto porque no se le añade *salvo que sea famélico o en estado de necesidad* o el de apoderamiento de no explicitarse *salvo que sea en ejercicio del derecho de retención.*
5. De cualquier manera, esta Corte ha dejado en claro, en especial a partir del caso *Kimel Vs. Argentina[[32]](#footnote-32),* que siempre se impone la ponderación de circunstancias y valores, lo que no se resuelve automáticamente con las mencionadas fórmulas legales, puesto que, por ejemplo, no se podrá considerar que opera la justificación a la lesión al honor del funcionario frente a un interés público extremadamente insignificante o baladí, como también sucede cuando se debe ponderar el límite de cualquier otra causa de justificación (como puede ser una defensa absolutamente desproporcionada: la electrificación de la reja para que el niño no hurte una flor).

**IV.2. El interés público: ponderación de valores**

**IV.2.a. La ponderación de valores en general**

1. En situaciones normales es menester proteger al periodismo contra el poder punitivo cuando se trata de imputaciones dirigidas a las autoridades, en beneficio del derecho a criticar y denunciar públicamente, porque éste redunda en una condición de buen funcionamiento de la administración y de las instituciones en general.
2. Esta protección es particularmente indispensable cuando se trata de la posible comisión de delitos de cohecho, aprovechamiento de información, favorecimiento, enriquecimiento ilícito y otros análogos que suelen englobarse en la difusa caracterización de *corrupción*.
3. Se contraponen aquí dos valores jurídicos: el derecho a la libertad de expresión y crítica y el derecho al honor del funcionario. Como en toda situación en que convergen dos valores jurídicos positivos, es menester ponderarlos en cada caso, como lo ha hecho la jurisprudencia de esta Corte. En definitiva, lo que en casa caso deberá establecerse conforme a esta ponderación, es el límite al legítimo ejercicio del derecho de denuncia y crítica periodística que consagran las constituciones y el derecho internacional.
4. Esto -como se señaló- es lo que tiene lugar en situaciones normales, pero la situación no es normal en buena parte de nuestra región, donde no existe una pluralidad de medios, sino que, por efecto de la desregulación del mercado en materia de medios de comunicación, se producen casos de oligopolio o de monopolio, que no serían ni son admisibles en ningún país del hemisferio norte.
5. En tales situaciones anormales, la concentración monopólica u oligopólica de medios escritos, radiofónicos, televisivos y virtuales, permite muchas veces que la comunicación se distorsione y una empresa o grupo empresarial o económico monte una *creación de realidad* por completo distorsionada.
6. La propia opinión altamente respetable de la mayoría de la Corte apunta este inconveniente, siendo del caso señalar que en esos extremos se da la paradoja de que la invocación de la libertad de opinión es susceptible de lesionar la misma libertad de opinión, puesto que el monopolio mediático tiene en sus manos la posibilidad de disponer el silencio respecto de hechos de interés público y de sus protagonistas.
7. Pero es necesario destacar que, en la situación anormal de monopolios y oligopolios mediáticos, el problema va más allá del respeto a la libertad de opinión y de crítica, porque los medios excesivamente concentrados adquieren directamente el poder de *crear realidad*, dado que *nuestra realidad* se construye en su casi totalidad a través de la comunicación. Esto ha sido suficientemente planteado por la sociología, en particular la de vertiente fenomenológica y desde mucho antes del total salto tecnológico actual.[[33]](#footnote-33)
8. A este respecto me permito insistir sobre la necesidad de incorporar al derecho –y principalmente a la rama de los Derechos Humanos- los datos de la realidad provenientes básicamente de la sociología y de otras ciencias sociales, para eludir las trampas de un cerrado normativismo que obture la incorporación de esos datos y que, como señalé antes, puede llevar a soluciones paradojales en el plano de las consecuencias reales, pese a que las decisiones se hubiesen motivado con las más nobles intenciones.

**IV.2.b. La situación anormal no impide la ponderación, pero la complica**

1. De cualquier modo, es necesario señalar que la anormalidad de una situación monopólica u oligopólica en modo alguno cancela la necesidad de preservar del poder punitivo los espacios de crítica periodística necesarios para el buen funcionamiento de la administración, pero complica la ponderación de valores que siempre presupone ese acotamiento en cuanto al alcance de la justificación, pues introduce un elemento de anormalidad social, dado que los medios concentrados pueden generar creaciones de realidad totales y únicas, como sucedía en los viejos totalitarismos: no es posible olvidar que el *Pravda* fue un creador único de realidad y los detestables principios de Göbbels tampoco dejan de ser eficaces.
2. La ponderación de valores, necesaria para establecer los límites de la causa de justificación o licitud, se complica en una región donde medios concentrados se alían con jueces prevaricadores y agentes de inteligencia y servicios secretos y montan procesos conocidos ahora como *lawfare,* que apoyan golpes de Estado en Bolivia, excluyen de la competencia democrática a dirigentes opositores en Brasil o estigmatizan a otros en Argentina.
3. Insisto en que debe avanzarse en la protección de la prensa crítica frente al avance indebido del ejercicio del poder punitivo, pero la ponderación de valores -que permite señalar los límites de la justificación en cada caso- se vuelve más compleja y requiere una atención sumamente particular, dado que muchas veces no vivimos en sociedades con pluralidad de medios, como corresponde a las democracias plurales que todos deseamos, sino con medios concentrados y con enorme poder de creación de realidades únicas, potenciado por la creciente adopción de renovados y más penetrantes métodos de mercadotecnia, uso de *troll* y publicidad orientada por grandes cifras o *big data*. Es obvio que con esto se complica la ponderación de valores, porque entra también en juego otro valor, que es la necesidad de preservar la democracia y el Estado de derecho, frente a creaciones de realidad total que se estructuran para incentivar golpes de Estado u otros *destituyentes* menos burdos, pero igualmente eficaces.
4. Tampoco cabe pecar de ingenuidad y pasar por alto que en esas desestabilizaciones institucionales operan fuertes intereses económicos, pues de lo contrario creeríamos estar flotando en un bucólico lago de aguas mansas cuando en realidad nos están azotando y revolcando las impetuosas olas de descarnadas fuerzas que disputan mercados o ventajas.
5. Si bien en estas condiciones la necesaria ponderación de valores se dificulta enormemente, no creo que ella incida demasiado en el presente caso, pues a diferencia de la altamente respetable opinión de la mayoría, estimo que la ponderación de valores resulta en este supuesto relativamente sencilla.

**IV.2.c. La ponderación de valores en el caso**

1. Centrándome ahora en el problema que plantea en concreto el escrito por el que se procesó a las supuestas víctimas, lo primero que salta a la vista es que no está referido a un acto de administración cualquiera o más o menos común y corriente, como podría ser una licitación o la concesión de algún beneficio o preferencia hacia alguien, sino a la intervención del titular del poder ejecutivo nada menos que en una tentativa de golpe de Estado que derivó en su secuestro o privación de libertad por parte de los policías armados sublevados y en cuyo transcurso hubo víctimas fatales.
2. Esta Corte ha discutido finamente y con notables y sabios votos de mayoría y disidentes en casos como *Mémoli Vs. Argentina[[34]](#footnote-34)*, donde se discutía el interés público en la correcta asignación de los nichos en un cementerio, pero el mero enunciado fáctico del hecho que dio lugar al escrito que nos ocupa ahora, muestra que se está frente a un acontecimiento y a un contexto que ni lejanamente se puede comparar con la relevancia pública de ese y otros casos.
3. Más allá de si en realidad se atentó o no contra la vida del presidente constitucional en esas circunstancias, no cabe duda que corrió peligro, pues hubo disparos y muertos, en una situación confusa en la que ninguna persona sensata se hubiese considerado segura y mucho menos feliz de haber tomado parte.
4. Pocas dudas caben de que se trató de un episodio de muy particular gravedad institucional y de alto riesgo para la integridad personal y la vida del presidente y de otras personas, puesto que era una sublevación armada contra la estabilidad institucional del país.
5. Observo que, en la relación escrita de los hechos, la Comisión subestimó el episodio como el *autoproclamado golpe de Estado,* aunque en la nota de pie de página no puede soslayar que se trató de una verdadera tentativa de golpe de Estado, reconocida como tal por el Consejo Permanente de la OEA. Aunque no se lo registre en ese escrito, también motivó en su momento notas de la ONU y preocupación de gobiernos europeos y americanos.
6. En su escrito el periodista deslegitimó la intervención del poder ejecutivo para detener el golpe, imputándole la comisión de un delito que calificó de lesa humanidad, pero acerca del cual no ofrece ninguna prueba.
7. El actual dirigente opositor no era un simple ciudadano, sino el presidente constitucional y democráticamente electo de la República, que intervenía personalmente para desmontar una tentativa de golpe de Estado, en cuyo curso se lo privó de libertad por unas seis horas y corrió peligro su propia vida, es decir que el artículo deslegitimó al máximo la conducta del titular del poder ejecutivo que acababa de intervenir deteniendo un golpe de Estado en defensa de la continuidad constitucional del estado de derecho.
8. El artículo no sólo le imputa un delito bien preciso, sino que hasta lo hace responsable de su secuestro, puesto que le atribuye también una conducta imprudente y temeraria.
9. Cabe insistir en esto porque resulta central para la valoración jurídica del caso: frente a una tentativa de golpe de Estado y al secuestro del presidente constitucional, el periodista imputa a éste, con claridad y precisión que, privado de la libertad, ordenó disparar contra un hospital y que con eso cometió un delito de lesa humanidad, por lo cual le aconseja que inste una amnistía y no que decrete un indulto, para lograr su propia impunidad en el futuro. Además de calificar la intervención del presidente como delictiva y típica de un crimen de lesa humanidad, lo responsabiliza de su propio secuestro y riesgo de vida, pues considera su conducta como imprudente, dando a entender que fue casi una bravuconada.
10. Para dimensionar adecuadamente la gravedad de la última de estas imputaciones es necesario el previo conocimiento de cierta tradición política local frente a los golpes de Estado. Como todos nuestros países, Ecuador tiene algunas características que son propias de su cultura política, entre las cuales se destaca que, en los gobiernos democráticos, las tentativas de golpes de Estado y otras alteraciones graves del orden público históricamente siempre fueron desarmadas con la intervención personal y directa de los propios presidentes, como lo atestigua a lo largo de su historia del siglo pasado la conducta de quien marcó la política del país por décadas, con cinco ejercicios presidenciales, de los cuales sólo logró culminar normalmente uno sin que lo derrocase un golpe de Estado.[[35]](#footnote-35)
11. La descalificación de la conducta del presidente constitucional en defensa precisamente del orden constitucional, mediante la imputación de un delito de lesa humanidad y de su victimización y riesgo de vida como resultado de una conducta que califica como torpemente imprudente, pero que es la culturalmente adecuada según la experiencia histórica nacional, implícitamente está subestimando la propia tentativa de golpe de Estado, es decir, minimizando la tentativa de alteración de la institucionalidad y la gravedad y violencia de la rebelión armada.
12. Es claro que en el caso no se trata de una simple calumnia corriente en que deben ponderarse únicamente los valores del derecho al ejercicio de la crítica periodística y del honor del funcionario, sino que en la ponderación entra en juego la descalificación del rol del poder ejecutivo en defensa del orden constitucional y la minimización o subestimación de una rebelión armada.
13. En estas circunstancias y en el caso debe ponderarse también otro valor, que es el del deber propio de las autoridades democráticas en defensa del orden constitucional ante una tentativa de golpe de Estado llevada adelante con armas provistas por el propio Estado.
14. No puede considerarse que esta calumnia respondía a un objetivo de interés público, cuando claramente tuvo por objeto descalificar a un poder del Estado y subestimar la gravedad de la amenaza ante la cual éste actuaba.
15. Insisto en que no se trata sólo de evaluar y ponderar el derecho a la libertad de información que debe garantizarse como necesario para controlar el buen funcionamiento de una administración, en contraposición con el derecho al honor del funcionario que, como se dijo, cede ante el primero, sino que se pretendió manipular esa libertad para minimizar una rebelión con atentado personal al titular de un poder del Estado y desacreditar su intervención en el hecho. *El valor que se suma en la ponderación es la preservación del orden constitucional y la imagen del poder democrático del Estado en la defensa de éste en una situación de grave emergencia.*
16. La propia Comisión, siempre extremadamente cuidadosa del derecho constitucional e internacional a la crítica y denuncia periodística, en su *Informa Anual* de 2018, exige que la punibilidad de estos delitos se limite única y exclusivamente a *circunstancias excepcionales en las que exista una amenaza evidente y directa de violencia anárquica.* Entiendo que una sublevación policial armada, con secuestro del titular del Poder Ejecutivo, con disparos y muertos, es un inmejorable ejemplo de manual para la excepción a que se refiere el citado *Informe* de la Comisión.

**IV.3. No se trata de un artículo “de opinión”**

1. Por último, tampoco es admisible que el artículo en cuestión haya sido un simple *artículo de opinión*, pues cualquier lector percibe que en ese escrito se está imputando un delito con toda precisión de tiempo, lugar y ocasión, sin aportar absolutamente ninguna prueba. Nadie juiciosamente podría decir que es una mera opinión imputar a otro que haya dado muerte a su padre, que haya asesinado a su esposa, que haya asaltado un banco con indicación de día, hora y lugar, ni tampoco, por supuesto, que haya ordenado disparar contra un hospital en medio de una rebelión armada y estando secuestrado.
2. Me merecen el mayor respeto los dichos de los peritos, pero no puedo menos que observar que contraría toda lógica pretender que sólo se limitase a emitir una mera opinión quien dijese: *Fulano el día tal a la hora tal y en tal lugar dio muerte con diez puñaladas a su progenitora*.

**V**

**EL PROCESO Y LOS PERJUICIOS DERIVADOS**

**V.1.La legalidad del proceso**

1. Resulta de lo antes expuesto que el procesamiento y juzgamiento de las supuestas víctimas no fue irregular y no produjo más efectos que los derivados de la propia situación de procesados. No procedía la prisión preventiva, de modo que no se limitó la libertad de movimientos de los procesados. Tampoco mediaron inmovilizaciones patrimoniales del tipo de las *glosas* a que antes se hizo referencia y que seguramente recaerán sobre el actual dirigente opositor como consecuencia de las reparaciones que se ordenan al Estado.
2. Teniendo en cuenta que la mayoría de los presos de nuestra región no están condenados, sino que sufren prisión preventiva y que algunos o muchos de ellos serán en definitiva absueltos[[36]](#footnote-36), es obvio que se consideran normalizadas en nuestro países muchísimas más consecuencias procesales negativas y violatorias de Derechos Humanos, en esos casos incluso en violación del principio de inocencia, que las que sufrieron las supuestas víctimas en el curso de un proceso regular, fundado en un tipo que respetaba el principio de estricta legalidad y en función de la falsa imputación de un delito en que no jugaba el interés público sino que devaluaba la acción de una autoridad nada menos que en la interrupción de una tentativa de golpe de Estado en curso.
3. Pasar por sobre este dato comparativo de los perjuicios sufridos por las presuntas víctimas del caso con los que se hallan normalizados sobre algunos millones de habitantes de la región, implicaría que el Tribunal extrema el cuidado acerca de las consecuencias negativas de los procesamientos con un nivel demasiado alto de selectividad.
4. Lo que en el caso es a las claras notoriamente desproporcionado es la sanción impuesta en la sentencia y que, como está plenamente establecido en los autos, no se ejecutó ni se intentó ejecutar, de modo que de la sentencia no se derivaron consecuencias negativas para las supuestas víctimas y, en caso que algún registro o resabio de la condenación quedase vigente, corresponde que la sentencia de esta Corte ordene al Estado su cancelación.

**V.2. La enemistad y las injurias recíprocas**

1. El actual dirigente opositor mantenía una vieja enemistad con el periodista que resultó procesado, que se remontaba a épocas previas a que asumiese la presidencia constitucional de la República, como la propia supuesta víctima lo declara. A juzgar por las expresiones recíprocas, esa abierta antipatía había superado el normal nivel de confrontación política para pasar al plano de una enemistad personal.
2. El cruce de expresiones que se imputan por la supuesta víctima no pasa de los comunes y frecuentes casos de injurias recíprocas que por lo general las legislaciones dejan impunes por vía de compensación, al igual que las proferidas en juicio. La circunstancia de que uno de los enemistados personales llegue a la función pública no lo obliga al silencio ni le impide beneficiarse con la compensación de las injurias recíprocas, cualquiera sea el juicio ético que merezca su conducta, lo que obviamente es independiente y está fuera de la competencia de esta Corte.
3. No existe prueba alguna, pues ni siquiera se denuncia, de que el funcionario hubiese hecho uso de su poder para perseguir o molestar a la persona con la que mantenía una vieja enemistad nutrida de expresiones verbales y que había trascendido el plano político para erigirse en cuestión personal, puesto que no se invoca algún acto de autoridad pública contra su persona, salvo los resultantes del proceso que es materia del presente caso. La propia supuesta víctima denuncia haber sido amenazada por terceros, pero no por funcionarios ni por orden o mandato de éstos.
4. Quien asume una posición de abierta enemistad pública y personal con una figura notoria en medio de una fortísima polarización política que divide al país y en la que toma partido y participa activamente, imputando crímenes en ocasión excepcional y violenta como es la del caso, sabe que en ese contexto nada pacífico suele haber exaltados y, por ende, no puede descartar –e incluso debe prever como inevitable- que haya terceros que le ocasionen alguna molestia o que lleguen a amenazarlo, sin que en eso tenga ninguna incidencia el poder público y menos el funcionario en forma personal. Ningún político activo o cualquier persona con protagonismo público en circunstancias de ríspida confrontación es ajeno a esta experiencia.
5. De todas formas, el temor que manifiesta la supuesta víctima no se prueba que haya sido adecuado al riesgo que alega. Incluso relata que ante una amenaza no se le restó importancia a su denuncia por parte de las autoridades, aunque consideró insuficiente la investigación policial.
6. La afirmación de que la desproporción de la sanción impuesta por la sentencia no ejecutada obraría como intimidación carece de sustento: desde los oscuros y por desgracia no lejanos tiempos de las ejecuciones públicas en las plazas se sabe que las penas intimidan –o se cree que lo hacen- cuando se ejecutan. El grado de temor subjetivo debe ser siempre valorado en atención al peligro objetivo, puesto que no puede estimarse sólo en función de la mayor o menor sensibilidad de la persona: el miedo normal requiere proporcionalidad con la efectiva presencia de un ente amenazante. Todo esto, sin contar con que no es procedente dar por ciertas las afirmaciones de la supuesta víctima sin otros elementos de prueba diferentes de sus propios dichos.
7. Cabe hacer notar que la supuesta víctima manifiesta que hasta la fecha vive fuera del país, cuando desde hace años el dirigente opositor carece de todo poder en el territorio del Estado, lo cual explica manifestando que teme la vuelta del partido opositor al gobierno, lo que no parece ser un argumento convincente en cuanto a la proporcionalidad de su temor con el riesgo actual invocado.

**VI**

**INDEFENSIÓN DEL ESTADO: INADMISIBILIDAD DE SU RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD**

**VI.1. La oquedad defensiva del Estado**

1. Las anteriores consideraciones acerca del hecho, si bien se apartan del altamente respetable criterio de la mayoría de la Corte, de todas formas, por lo menos dejan en claro que existen considerables argumentos de peso que pudieron ser esgrimidos por el Estado en estos autos, como la muy clara legalidad del tipo de la ley penal vigente al momento del hecho, la extraordinaria trascendencia institucional del hecho de violencia anárquica a que se estaba refiriendo el periodista en su artículo, la ausencia de persecución u hostigamiento por parte de las autoridades, el poco frecuente hecho del secuestro del titular del poder ejecutivo y el interés público en la continuidad institucional.
2. Nada de esto puede haber pasado por alto al Estado al considerar el caso, porque son argumentos que nunca podrían escapar a la atención más elemental de cualquier abogado o letrado, por muy inexperto o bisoño que fuese. Sin embargo, el Estado no ensayó ninguno de ellos ante la Corte.
3. No obstante, todo indica que la indefensión del Estado no obedece a negligencia o *mala praxis* jurídica, sino a clara intencionalidad. Prueba de que el Estado no ha estado huérfano de adecuado asesoramiento y su actuación respondió a muy buena técnica jurídica, es la habilidad con que maneja la nada azarosa parcialidad de su reconocimiento de responsabilidad, en la que con fino bisturí separa la materia que rechaza, limitada exclusivamente a las altísimas sumas que en razón de un daño patrimonial no probado reclaman las supuestas víctimas, del amplio reconocimiento de la responsabilidad de lo impetrado por éstas en todo lo que redundará en perjuicio del condenado real u óntico, es decir, del dirigente del principal partido opositor en la encarnizada polarización política del país.
4. Me permito insistir en que no es posible ignorar que el reconocimiento de responsabilidad ni siquiera tuvo lugar durante la actual administración, sino durante el mandato del mismo presidente que fue empoderado en la forma *supra* señalada en función de la cuestionada consulta popular y cuyas acciones encaminadas contra su oposición generaron el contexto institucional particular a que se hizo referencia, en condiciones tales que ahora se declaran admisibles sus denuncias en la Comisión Interamericana y se les da trámite en la ONU.
5. En el contexto de la durísima confrontación política interna, resulta claramente obvio que la condenación *formal* al Estado y *real u óntica* al dirigente político del principal partido de oposición, resulta perfectamente funcional al sector político oficialista y en especial al anterior presidente empoderado por la consulta, en la medida en que éstos podrán difundir ampliamente la condenación, mostrándose como celosos defensores de los Derechos Humanos, supuestamente desconocidos por una oposición a la que pintará con tendencia autoritaria, dictatorial y perseguidora del periodismo crítico.
6. El reconocimiento de la responsabilidad del Estado en estas circunstancias y con las singulares limitaciones señaladas en su inteligente parcialidad, no es más que una defensa formal y no material, totalmente hueca de contenido defensivo y efectuada por la misma administración del presidente que había dado lugar al desplazamiento de jueces, del que resultó la condena a su vicepresidente –a quien mantiene privado de libertad hasta el presente- y al propio dirigente opositor sobre el que recaerá el efecto real de las sanciones impuestas en esta sentencia, todo lo cual se ha declarado en principio fundado en el plano internacional.
7. Dada la absoluta oquedad argumental de la defensa formal del Estado en todo lo que perjudica al dirigente opositor a su gobierno, no ha habido contradictorio en la tramitación del caso ante esta Corte, o sea, que se trata de una defensa meramente formal. En este sentido, la Corte ha expresado que no basta con la mera presencia o nombramiento de un defensor o abogado, puesto que un *nombramiento meramente formal o simbólico no da sustento a que el derecho en comentario* (de defensa) *se cumpla efectivamente.*[[37]](#footnote-37)La particularidad del presente caso es que este acto meramente simbólico se produce ahora ante los propios estrados e esta Corte y en razón de que el Estado decide no articular defensa.
8. Esta particular situación de indefensión del Estado plantea dos problemas procesales, derivados directamente de la *inadmisibilidad del reconocimiento de responsabilidad del Estado*.

**VI.2. Limitaciones probatorias de la confesión**

1. El primer problema procesal es que, aceptando esta Corte ese reconocimiento, da por probado todo lo que el Estado ha admitido. Con esto se pasa por alto que este reconocimiento equivale a una confesión y que ésta, por muy *probatio probatissima* que fuese, en un proceso contradictorio –no inquisitorio- como el que rige desde la modernidad, opera como prueba de cargo sólo en la medida en que resulte verosímil, o sea, siempre que no haya elementos que indiquen que el hecho no ha existido, que quien confiesa no puede ser el autor, que los acontecimientos no se desarrollaron en la forma en que se confiesa, que existieron causas de justificación, de exculpación, etc.
2. En consecuencia, la aceptación del reconocimiento de responsabilidad en los términos planteados, hace que esta Corte admita como verdad procesal los hechos tal como los expone la acusación y pese a que haya contundentes elementos de prueba en sentido contrario respecto de varios de ellos.

**VI.3. Negativa del Estado a defenderse**

1. El otro problema procesal es que la falta de defensa material por parte del Estado no puede resolverse del mismo modo en que se decide en análoga circunstancia en un proceso penal ni tampoco en uno civil.
2. En efecto: en el proceso penal es procedente declarar la nulidad de lo actuado y la asignación de otro defensor, solución que en el procedimiento ante esta Corte no es viable porque *es imposible que otro asuma de defensa de un Estado que no quiere defenderse, porque la sentencia favorece a su oficialismo y perjudica a su oposición*. *Tampoco es viable que esta Corte supla la indefensión en que se coloca el propio Estado y asuma los argumentos defensivos que el Estado se niega a esgrimir.*
3. Todo indicaría que el altamente respetable criterio de la mayoría de esta Corte parece aproximarse a la solución del proceso civil, en que ante el silencio del demandado se da por cierto lo dicho por el demandante, solución de la que me permito disentir por contrariar el principio contradictorio que siempre ha regido el procedimiento ante esta Corte, dado que no se trata de un proceso que persiga únicamente fines de reparación patrimonial.

**VII**

**CONCLUSIÓN**

1. En conclusión, considero que corresponde rechazar las pretensiones reparadoras que el Estado no admitió en la forma en que lo hace el voto mayoritario de la Corte y emplazar al Estado a que cancele cualquier registro o efecto que pueda subsistir de la sentencia condenatoria no ejecutada, en igual sentido al señalado por la mayoría.
2. Por lo demás y en cuanto al resto, considero que:
	* 1. debe absolverse al Estado,
		2. advertirle que en el futuro se abstenga de incurrir en defensas formales, respetando la naturaleza contradictoria del procedimiento ante esta Corte
		3. y que se impongan al Estado las costas y gastos ocasionados por el presente caso.

Así lo voto.

 Eugenio Raul Zaffaroni

 Juez

 Pablo Saavedra Alessandri

 Secretario

1. *Cfr.* Martin Heidegger, *Sein und Zeit*, Tübingen, 1953, págs. 231 y ss. [↑](#footnote-ref-1)
2. *Cfr.* sus fragmentos en *Heráclito, Parménides, Empédocles, La sabiduría presocrática*, Madrid, 1985; Martin Heidegger – Eugen Fink, *Heráclito*, Barcelona, 1986; Rodolfo Mondolfo, *El pensamiento antiguo*, Buenos Aires, 1974. [↑](#footnote-ref-2)
3. *Cfr. Caso Acosta y otros vs. Nicaragua. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de marzo de 2017. Serie C No. 334, párr. 30. [↑](#footnote-ref-3)
4. *Cfr. Caso I.V. vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre* de 2016. Serie C No. 329, párr. 45. [↑](#footnote-ref-4)
5. *Cfr. Caso “Cinco pensionistas” vs. Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas.* Serie C No. 98,párr. 154, 155. [↑](#footnote-ref-5)
6. *Cfr. Caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 316, párr. 41. [↑](#footnote-ref-6)
7. *Cfr. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 58. [↑](#footnote-ref-7)
8. *Cfr. Caso Acosta y otros vs. Nicaragua, supra*, párr. 155 a 169. [↑](#footnote-ref-8)
9. *Cfr. Asunto Edwin Leonardo Jarrín Jarrín, Tania Elizabeth Pauker Cueva y Sonia Gabriela Vera García, Solicitud de Medidas Provisionales respecto de Ecuador, de 8 de febrero de 2018. Voto Juez Zaffaroni.* [↑](#footnote-ref-9)
10. *Der Begriff des Politischen*, (1932), Berlin, 1963. [↑](#footnote-ref-10)
11. Informe nº 195/21, Petición 2377-17, Informe de Admisibilidad Edwin Leonardo Jarrin, Tania Elizabeth Pauker Cueva y Sonia Gabriela Vera García, Ecuador. OEA /Ser. L/V/II. Doc. 203, 7 de setiembre 2021.  Original: español. [↑](#footnote-ref-11)
12. *Cfr. Caso Cuya Lavy y otros vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas, Sentencia de 28 de septiembre de 2021, Serie C No. 438; Caso Moya Solís vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 3 de junio de 2021, Serie C No. 425; Caso Ríos Avalos y otro vs. Paraguay, Sentencia de 19 de agosto de 2021, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C 429.* [↑](#footnote-ref-12)
13. Solicitud de información al Estado de Ecuador por parte del Relator Especial de la ONU, disponible en: <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownLoadPublicCommunicationFile?gId=26537> [↑](#footnote-ref-13)
14. La información enviada al Relator Especial ONU por parte del Estado de Ecuador, está disponible en: <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownLoadFile?gId=36540> [↑](#footnote-ref-14)
15. *El caso Sobornos. Ocaso del garantismo penal. Estudio doctrinario y jurisprudencial*, Murillo Editores, Quito, 2021. [↑](#footnote-ref-15)
16. Corte IDH. *Asunto Milagro Sala respecto de Argentina. Solicitud de Medidas Provisionales.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2017. [↑](#footnote-ref-16)
17. Corte IDH. *Asunto Juan Sebastián Chamorro y otros respecto de Nicaragua. Medidas Provisionales.* Resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 4 y 22 de noviembre de 2021. [↑](#footnote-ref-17)
18. CIDH, Medidas Cautelares a favor de Jorge David Glas Espinel en Ecuador, Resolución 69/2019, del 31 de diciembre de 2019, Medida Cautelar No. 1581-18. [↑](#footnote-ref-18)
19. Cfr. Luis Recasens Siches, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, 1963, pp. 619 y ss. [↑](#footnote-ref-19)
20. Así, Hans Welzel, *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdez, Córdoba, 1962; más ampliamente en *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, 1962. [↑](#footnote-ref-20)
21. V. Wilhelm Windelband, *Geschichte der Philosophie*, Berlin, 1916; Heinrich Rickert, *Ciencia cultural y ciencia natural*, Madrid, 1963. [↑](#footnote-ref-21)
22. Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, herausgegeben von Erik Wolf, Stuttgart, 1970. [↑](#footnote-ref-22)
23. Cfr. nuestra monografía *Doctrina penal nazi. La dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*, Bs. As., 2017. [↑](#footnote-ref-23)
24. Ver el estado actual de la discusión en Attilio Nisco*, Neokantismo e scienza del diritto penale, Sull’involuzione autoritaria del pensiero penalistico tedesco nel primo novecento*, Torino, 2019. [↑](#footnote-ref-24)
25. Corte IDH, *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, Sentencia de 26 de mayo de 2010, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Serie C No. 213, párr. 173. [↑](#footnote-ref-25)
26. El código español de 1822 imponía penas hasta seis años, el ecuatoriano de 1837 hasta diez años (cfr. *Código Penal Español decretado por las Cortes en 8 de Junio, sancionado por el Rey y mandado promulgar en 9 de Julio de 1822,* Madrid, en la Imprenta Nacional, año de 1822, p. 143). [↑](#footnote-ref-26)
27. *Código Penal de la República del Ecuador. Sancionado por la Lejislatura de 1837, Reimpreso por órden del Gobierno, correcto y revisado por la Comisión Permanente del Senado*, Quito, 16 de marzo de 1845, Imprenta del Gobierno, pág. 95. [↑](#footnote-ref-27)
28. Artículo 478, en página 104 *del Código Penal y Código de Enjuiciamientos en materia criminal de la República del Ecuador*, New York, Imprenta de Halley y Breen, calle de Fulton Nos. 58 y 60, 1872. [↑](#footnote-ref-28)
29. F. S. G Nyppels, *Législation Criminelle de la Belgique ou Commentaire et Complément du Code Pénal Belge*, Bruselas, 1872, tomo tercero, página XLI. [↑](#footnote-ref-29)
30. *Edición oficial*, página 94. [↑](#footnote-ref-30)
31. Corte IDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009.* Serie C No. 207, párr. 56 y 57. [↑](#footnote-ref-31)
32. Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina, Sentencia de 2 de mayo de 2008, Fondo, Reparaciones y Costas.* Serie C No. 177. [↑](#footnote-ref-32)
33. Entre muchos, son trabajos fundamentales en esta materia, Peter Berger y Thomas Luckmann, *La construcción social de la realidad,* Bs. As., 1986, Alfred Schutz, *El problema de la realidad social*, Bs. As. 1974; también es fundamental Pierre Bourdieu, *Sobre la televisión*, Barcelona, 1998. [↑](#footnote-ref-33)
34. Corte IDH, *Caso Mémoli vs. Argentina, Sentencia de 22 de agosto de 2013, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Serie C No. 265. [↑](#footnote-ref-34)
35. *Cfr.* Robert Norris, *El gran ausente. Biografía de Velasco Ibarra*, Quito, 2005. [↑](#footnote-ref-35)
36. *Cfr.* Carin Carrer Gomes, *O encarceramento Latino sem condenaçao, Análise da Justiça, do territorio e da globalizaçao*, XIV Encontro Nacional de Pos-graduaçao en Geografia, 10 a 15 de Outubro de 2021. [↑](#footnote-ref-36)
37. Caso Tibi vs Ecuador, Sentencia de 07 de septiembre de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. [↑](#footnote-ref-37)