



Al señor: CARLOS EDUARDO PÉREZ BARRIGA, CÉSAR ENRIQUE PÉREZ BARRIGA Y CARLOS NICOLÁS PÉREZ LAPENTTI

Casilla No 3549

Juicio No 840-2011 MV

En la causa penal que por el delito de INJURIAS se sigue en contra de EMILIO PALACIO URRUTIA y OTROS, se le hace saber:

Quito, febrero 27 del 2012

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL.-

Quito, Febrero 27 del 2012.- Las 08H30.-

VISTOS: Avocamos conocimiento en calidad de Jueces de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia e integrantes de este Tribunal, sorteado conforme obra de las razones actuariales, para el conocimiento y resolución de los recursos de casación, interpuestos por los señores Carlos Nicolás Pérez Lapentti, Carlos Eduardo Pérez Barriga y César Enrique Pérez Barriga y los Procuradores Judiciales de la Compañía Anónima “El Universo” de la sentencia de mayoría, dictada por la Segunda Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, que confirmó la sentencia condenatoria dictada por el Juez Décimo Quinto de Garantías Penales del Guayas, en el juicio penal de acción privada, que por injurias calumniosas sigue el Economista Rafael Vicente Correa Delgado. En aplicación de los principios de inmediatez y celeridad, se convocó para el día miércoles 15 de febrero del año 2012, a las 09h00, la realización de la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación, llevándose a cabo en la fecha y hora señaladas para el efecto. Se dispone incorporar a los autos los documentos presentados en la audiencia por parte de los recurrentes. Para resolver los recursos interpuestos, se considera:

PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-

Este Tribunal es competente para conocer y resolver los recursos de



casación interpuestos por los querellados, en virtud de lo que disponen los artículos 184 y 185 de la Constitución de la República del Ecuador, 141 y 186 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con el inciso tercero de la Disposición Transitoria Segunda, del cuerpo legal antes indicado.

SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-

No se observa omisión de solemnidad sustancial en la sustanciación, que pudiera acarrear la nulidad de lo actuado, declarándose su validez.-

TERCERO: ANTECEDENTES:

3.1.- Los Procuradores Judiciales de la Compañía Anónima “El Universo”, mediante el escrito respectivo, plantean recurso de casación, por indebida aplicación de los artículos 52 del Código Penal y 41 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto se le obliga a su representada a pagar una indemnización por daños y perjuicios, sin haber sido declarada penalmente como autora, cómplice o encubridora de la infracción acusada. Señalan, que los Jueces de mayoría de la Segunda Sala Penal de la Corte Provincial del Guayas, haciendo una errónea interpretación de los artículos 27 numeral 8; 52 y 68 numeral 3 del Código de Procedimiento Penal, sancionan a una persona jurídica en un proceso penal. Igualmente argumentan interpretación errónea de los artículos 31 numeral 1, literal c del Código de Procedimiento Penal y 42 del Código Penal, declarándose competente el Juez de Garantías Penales para juzgar a una persona jurídica y estableciéndose que puede ser autora de una infracción penal. Por último sostienen, que la Resolución de segunda instancia respecto de la persona jurídica, contraviene el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, esto es:“...(la sentencia) concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado...”.

3.2.- Los señores César Enrique Pérez Barriga, Carlos Eduardo Pérez Barriga y Carlos Nicolás Pérez Lapentti, manifiestan que en la sentencia de segunda instancia, se ha violado la ley, esto es, el texto del artículo 76, numeral 7, literal I de la Constitución por no haberse cumplido con dicha norma y el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal. Que, la sentencia de mayoría viola la ley al contravenir el principio del artículo 76, numeral 3 de la Constitución y el artículo 2 del Código Penal, porque se está sancionando con una norma derogada por instrumentos internacionales, conforme a lo establecido en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los Principios 10 y 11 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, que gozan de jerarquía supraconstitucional, de acuerdo a los artículos 417, 424, 426 y 428 de la Constitución, que son de aplicación directa e inmediata. Se reitera, que en un supuesto no consentido de que no se admita la derogatoria del artículo 493 del Código Penal, la sentencia viola el artículo 76, numeral 7 literal I de la Constitución y el artículo 312 del Código de Procedimiento Penal, por falta de motivación en establecer la responsabilidad de los hermanos Pérez; manifiestan que se viola también el artículo 340 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, que dispone motivar las resoluciones. Que en este enjuiciamiento se está frente a un acto de animus criticandi sobre asuntos de interés público o frases que se les considera no asertivas. Continúan, y señalan que en la sentencia, con relación al monto del pago de la indemnización, debió existir un debido proceso en caso de haber responsabilidad, por lo que se viola el derecho reconocido en el artículo 76, numeral 3 de la Constitución, señalan que tampoco se motiva las razones o los criterios que los justifican. Además expresan, que se viola el artículo 309, numeral 3 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto se confirma la pena de 3 años, por ser autores del delito establecido en el artículo 493 del Código Penal, sin ningún análisis, violando el derecho constitucional a la proporcionalidad. Manifiestan

que la sentencia de mayoría viola las normas contenidas en los artículos 412 del Código de Procedimiento Penal, 4 del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal; argumenta aplicación indebida del artículo 52 del Código Penal, por contravenir el artículo 76, numeral 7 literal a de la Constitución, violando los artículos 84 y 86 del Código de Procedimiento Penal; errónea interpretación del artículo 860 del Código de Procedimiento Civil, que viola el artículo 384 del Código de Procedimiento Penal; y señalan que existe interpretación errónea de los artículos 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal.-

CUARTO. FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS.-

En la audiencia pública, oral y contradictoria los recurrentes fundamentan la casación en los siguientes términos:

4.1.- El doctor Xavier Zavala Egas, procurador judicial de la compañía anónima El Universo, expuso que en la sentencia existe:

4.1.1. Indebida aplicación de la ley al declarar a la referida persona jurídica obligada civilmente a sufragar una indemnización de daños y perjuicios sin ser previamente y en algún grado responsable penal de la infracción acusada, ya sea como autora, cómplice o encubridora, violentado así los artículos 52 del Código Penal y 41 del Código de Procedimiento Penal.

4.1.2. Interpretación errónea de la ley al afirmar que una persona jurídica puede ser sujeto pasivo de un proceso penal, sustentando tal argumento en los artículos 27 numeral 8; 52 y 68 numeral 3 del Código de Procedimiento Penal.

4.1.3. Interpretación errónea de la ley, al afirmar que el artículo 31, numeral 1, literal c) del Código de Procedimiento Penal, le otorga competencia al juez de garantías penales para juzgar a las personas jurídicas.

4.1.4. Interpretación errónea del artículo 42 del Código Penal, al establecer que la persona jurídica puede ser autora de una infracción penal, al haber sido instrumento de una persona natural para cometer un delito.

4.1.5. Contravención expresa de la ley, al incumplir la sentencia el requisito exigido en el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, esto es, que la sentencia debe concluir declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado.

4.2.- La abogada Mónica Manuela Vargas Cerdán, representando al señor Carlos Nicolás Pérez Lapentti, fundamentó su recurso en que:

4.2.1. La sentencia impugnada no contiene ninguna motivación.

4.2.2. La resolución recurrida ratifica en todas sus partes la sentencia venida en grado y que en ella se considera a los señores Carlos Pérez Barriga, César Pérez Barriga y Nicolás Pérez Lapentti, como autores coadyuvantes, porque no vetaron la publicación del artículo “NO A LAS MENTIRAS” del editorialista Emilio Palacio, lo cual constituye un atentado a la libertad de expresión.

4.2.3. Los estatutos sociales de la compañía anónima “El Universo” en ninguno de sus artículos mencionan la posibilidad de vetar o censurar los editoriales de opinión, que constitucionalmente prohíbe el artículo 18, por ello hay violación de la ley en interpretar erróneamente el artículo 42 del Código Penal.

4.2.4. Que no existe responsabilidad penal para las personas jurídicas, existiendo violación a la ley al aplicar indebidamente el artículo 41 del Código Penal.

4.2.5. Que los delitos de desacato se encuentran derogados, al entrar en vigencia la Constitución de Montecristi.

4.2.6. Que el querellante no puede desdoblarse, presentado su querrela como ciudadano Rafael Correa Delegado, cuando es evidente que ha comparecido a esta audiencia como Presidente de la República, acompañado del aparataje estatal, violándose el artículo 73 numeral 3 de la Constitución, artículo 9 del Código de Procedimiento Penal, artículo 230 y 493 del Código Penal.

4.2.7. Que no existe nexo causal, por lo que se viola el artículo 312 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 76 numeral 7 literal “I” de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial.

4.2.8. Que en la sentencia de primer y segundo grado, los jueces hablan de una “serie de artículos injuriosos” intentado con ello justificar el dolo, lo cual es jurídicamente inaceptable, porque el único artículo que se examina es “No a Las Mentiras”; que en dicho artículo no existe “animus injuriandi”, sino “animus criticandi”, por lo que se ha valorado erróneamente la prueba; cita algunos casos internacionales, como por ejemplo Fermín contra Guatemala, Fontevecchia vs. Argentina y se refirió al Tribunal Europeo, con el caso concreto de un ciudadano que criticó al Rey.

4.2.9. En cuanto al monto de la indemnización, indicó que era desmesurado, porque reparar no es igual a castigar, citando a Alejandro Borda, mencionó que se debe aplicar la proporcionalidad así como las atenuantes que habría lugar, existiendo falta de motivación, violándose el artículo 76 numeral 6 de la Constitución; que la fijación de costas judiciales también violó el artículo 412 del Código de Procedimiento Penal.

4.2.10. Sobre la actuación del doctor Joffre Campaña realizada en segundo nivel, la sentencia impugnada contiene una disposición en blanco porque no se indica la indebida actuación del abogado.

4.2.11. Que ha existido contradicción en el fallo, en lo citado por el profesor doctor Francisco Pérez Borja, violándose el artículo 312 del Código de Procedimiento Penal, ya que es contrario al debido proceso y en caso de duda debió aplicarse el principio in dubio pro reo.

4.2.12. Que su representado no tuvo el derecho a la defensa, porque le fueron negadas todas las pruebas, quedándose en indefensión, violándose el artículo 76 numeral 7 literal “a” de la Constitución, artículo 130 numeral 2 del Código Orgánico de la Función Judicial y 5.1 del Código de Procedimiento Penal.

4.2.13. Que ha existido una errónea interpretación de la prueba, respecto de los artículos 84 y 85 del procedimiento penal, 116 del procedimiento civil y 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.

4.2.14. Que existe interpretación errónea del artículo 860 del Código de Procedimiento Civil.

4.2.15. Respecto a la “autoría coadyuvante” manifiesta que existe errónea interpretación del artículo 42 del Código Penal, con la aplicación de teorías sacadas de contexto, se refirió al coadyuvante, al autor mediático y a la comisión por omisión, señalando la inexistencia del dominio del hecho, contraviniendo los artículos 383 y 384 del Código de Procedimiento Penal, realizando una interpretación extensiva e inexistencia de la autoría coadyuvante, violando en la sentencia lo referente a la “cláusula de conciencia”, que no consta en los estatutos sociales de la Compañía, puesto que la política de opinión se rige por la Constitución, los Tratados y

Convenios sobre derechos humanos y que en la página 7 del Diario El Universo, se señala que es de única y exclusiva responsabilidad del autor del artículo, ya que el Diario solo se responsabiliza por el editorial, que su defendido Nicolás Pérez es inocente y por ello se case la sentencia.

En la réplica, la señora abogada Mónica Vargas manifiesta que:

4.2.16. Sí ha fundamentado el recurso de casación y que en la querella consta en las páginas 29, 40, 46 y otras, que si se ha demandado a los hermanos Pérez, a Emilio Palacio y a la compañía El Universo, como autores de injurias,

4.2.17. No señaló la violación de tres causales porque son incompatibles, pero éstas se refieren a hechos distintos, refiriendo 16 causales de nulidad y que no ha negado la existencia jurídica de la autoría coadyuvante, lo que ha manifestado es que los hermanos Pérez no son autores coadyuvantes.

4.2.18. Al señor Emilio Palacio, en esta audiencia, no se le ha permitido su defensa.

4.2.19. Fue defensora de la señora Cecilia Palacio y ha solicitado se aumente la pena en un delito de injurias que persiguió en su actividad profesional.

3.- El doctor Emilio Romero Parducci representando al señor César Enrique Pérez Barriga, manifestó que:

4.3.1. Insiste sobre la cláusula de conciencia que alegó la abogada Mónica Vargas.

4.3.2. Los delitos de desacato por injurias constantes en los artículos 230, 231 y 493 del Código Penal, no existen en el Ecuador.

4.3.3. Ha existido indebida aplicación, violentando el derecho a la defensa y la tutela judicial efectiva constante en los artículos 75, 384, 417 y 426 de la Constitución de la República, 23 del Código Orgánico de la Función Judicial, falsa aplicación de la disposición derogatoria de la Constitución de 2008.

4.3.4. No se aplicaron los artículos 13 numeral 3 y 25 del Pacto de San José, ni los Principios 10 y 11 de la Declaración Interamericana de la Libertad de Expresión, sosteniendo que estos principios están por encima de la Constitución 2008, como norma Supra-Constitucional.

4.3.5. No todas las injurias contra los funcionarios públicos se encuentran derogadas, sino solo las de desacato.

4.3.6. Los funcionarios públicos deben ser tolerantes.

4.3.7. La sentencia del juez Paredes manifiesta que los tratados no encajan en el artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador, refiriéndose como la “tesis de la no encajadura”, lo que no es correcto, porque la Constitución habla de los instrumentos internacionales como género y de los tratados y convenciones como especie.

4.3.8. La sentencia contraviene el artículo 489 del Código Penal, siendo inexistente el delito de injuria y existiendo un consejo hipotético y condicional. Relieva el editorial publicado por “El Universo” el 01 de octubre de 2010, un día después del 30-S.

4.3.9. No existe colisión entre el derecho a la honra y la libertad de expresión, que es un derecho colectivo de la comunidad a ser informada y por la disposición supra constitucional, esa colisión está superada, prevaleciendo la libertad de expresión y que no hay responsabilidad ulterior.

4.3.10. Existe equivocación entre el artículo 230 y el 493 del Código Penal

al plantear la querrella.

4.3.11. La sentencia contraviene el texto del artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República, por cuanto no se ha dado a la querrella el trámite propio, que solo se hizo el requerimiento por el Fiscal, existiendo indebida sustanciación entre acción pública y acción privada, contraviniendo expresamente el artículo 489 del Código Penal.

4.3.12. Se contraviene al artículo 304-A y artículo 312 del Código Procesal Penal, por cuanto las sentencias no declaran culpabilidad de las partes, violando al artículo 4 del Código Procedimiento Penal, en cuanto a la presunción de inocencia de los querrellados.

4.3.13. El estatuto social de El Universo, no da a sus directivos derecho al veto de los artículos que se publican en el rotativo, introduciendo en la sentencia de primer nivel falsedad ideológica conforme el artículo 309 del Código Penal, que viola el principio de probidad contenido en el Código Orgánico de la Función Judicial.

4.3.14. Existe indebida aplicación del artículo 42 de Código Penal, ya que la coadyuva no existió, preguntándose cuál fue el acto ejecutado por El Universo y los hermanos Pérez para que hayan colaborado dolosamente, porque en la querrella no se individualiza forma o grado de participación, llegando el juzgador a la conclusión imposible que Emilio Palacio y los hermanos Pérez han colaborado de forma exactamente igual, contraviniendo el artículo 309 del Código Penal, condenando en bloque, con responsabilidad común y sin individualizarlos, sin que conste en la sentencia motivación alguna violándose el artículo 76 numeral 7 literal " I" de la Constitución de la República y 304. A del Código de Procedimiento Penal.

4.3.15. No existe conducta reiterada como injuriador de Emilio Palacio y los

hermanos Pérez y que en este sentido el Juez de primera instancia se refiere solo a Emilio Palacio, citando el editorial “Camilo el Matón” donde los Pérez nada tienen que ver, cuya querrela no existe, pero que inexplicablemente en el fallo de segunda instancia los jueces incluyen de manera inaplicable a los hermanos Pérez y que la opinión oficial del El Universo, fue la del día siguiente del 30-S, indicando que un editorialista escribe lo que le parece expresar o negar y si no le agradó al Presidente, por qué tienen que responder la compañía y sus directores.

4.3.16. Existe contravención expresa del artículo 42 del Código Penal, realizando una exposición sobre el autor imposible, mediato, coadyuvante y omisivo, que la compañía no puede ser agente y paciente, piano y pianista.

4.3.17. Supuestamente existe una triple autoría como autor mediato, de comisión por omisión y coadyuvante, existiendo falsedad ética en los jueces, sustentando su fundamentación en la errónea interpretación al literal c del artículo 36 del Código Procedimiento Penal, así como indebida aplicación del artículo 493 del Código Penal y que se ha contravenido el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador y 65 del Código de Procedimiento Penal, invocándose indebidamente el artículo 493 del Código Penal, porque el único delito que pudo acusar el Presidente es de acción pública porque supuestamente se le infieren injurias como Presidente, existiendo una errónea interpretación del artículo 36 literal “c” del Código de Procedimiento Penal, solicitando se case la sentencia.

En la réplica el doctor Romero expuso:

4.3.18. El análisis de Convenios y Tratados Internacionales, aclarando que el querellante no acusó a la compañía El Universo; pero en su pretensión manifiesta que el acto fue en concierto entre Palacios, los hermanos Pérez y la compañía, siendo todos responsables como autores de injurias, como se

los ha señalado en las sentencias de primer y segundo nivel.

4.3.19. Que en el estatuto social no se autoriza el veto, por lo que es falso lo manifestado en la sentencia.

4.3.20. Que el desacato no es un delito, es un género del delito vinculado con amenazar, insultar, bofetear, injuriar a funcionarios públicos y que las injurias es el denominador común de los artículos 230, 231 y 493 del Código Penal.

4. 4.- El doctor Hernán Salgado Pesantez en representación del señor Carlos Pérez Barriga, inició su exposición con el relato de su curriculum, manifestando que hay lugar a la casación porque:

4.4.1. No se aplicó el ordenamiento jurídico supra-nacional, al existir falta de aplicación, errónea interpretación e indebida aplicación de Tratados y Convenios Internacionales referentes a Derechos Humanos.

4.4.2. Al existir conflicto entre derecho al honor y libertad de expresión, existe el método de ponderación, que establece el artículo 3.3 de la Ley de Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, indicando la interpretación que le ha dado la Convención Interamericana de Derechos Humanos, sosteniendo que debe existir el control de convencionalidad, siendo necesario que los jueces apliquen la Convención, la interpretación y la jurisprudencia, emanada por la Convención y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4.4.3. Respecto a las sanciones penales se les ha impuesto el máximo, citando varios casos de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de 2004, como el caso Ulloa-Herrera, considerando que emitir sanciones contra periodistas es limitar la libertad de expresión, estableciendo la existencia de la responsabilidad ulterior y que

ésta no debe ir más allá de lo estrictamente necesario y que las opiniones de periodistas, no deben ser penalizadas.

4.4.4. Que la Constitución no permite el desacato, en relación al derecho penal mínimo señalando que no es que el derecho al honor no debe ser protegido, si debe serlo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que se debe proteger el honor de manera acorde por el pluralismo democrático.

4.4.5. Sobre los montos indemnizatorios señalados en la sentencia impugnada, no tiene precedente en el Ecuador y de su experiencia nunca ha oído tal fijación, que el honor y la vida no son susceptibles de valor económico, que la ley en el Código Laboral y en Seguros ha tratado de fijar un estándar; pero no puede concebirse los montos elevados y que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señaló en el caso Suarez Rosero en \$ 86.500 (ochenta y seis mil quinientos dólares) la indemnización que el Estado ecuatoriano fijó en un millón de dólares en el caso Restrepo y Consuelo Benavides, pero la Corte no hubiese llegado a \$ 300.000.00 (trescientos mil dólares) y en un caso en Colombia la indemnización llegó a \$80.000,00 (ochenta mil dólares) y en Guatemala a \$600.000,00 (seiscientos mil dólares) expresando que no se puede pedir montos indemnizatorios millonarios, porque enriquecería y empobrecerían de manera ilícita a los sujetos procesales, porque lo que se clama es justicia y no demandas millonarias, solo montos simbólicos, existiendo desproporción, no hay equidad, se afectó el principio de proporcionalidad, solicitando al Tribunal se case la sentencia, ya que considera que si no son escuchados por el Juez nacional, lo serán por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y ya no hay necesidad de plantear la Acción Extraordinaria de Protección, porque no confía en ese órgano que se auto denomina Corte Constitucional.

4.5.- El doctor Joffre Campaña Mora en calidad de apoderado y procurador judicial de los señores Carlos Eduardo Pérez Barriga, César Enrique Pérez Barriga y Carlos Nicolás Pérez Lapentti, manifestó:

4.5.1. Que existe violación en el concepto, ya que en la Corte de Guayaquil debió tratar la nulidad y la apelación, cosa que fue negada y como manifestó el doctor Romero, es diferente el trámite de la acción privada a la acción pública, que debía haberse seguido, porque el querellante es el Presidente.

4.5.2. Que existe indebida actuación por parte del tribunal inferior quien solicita se le sancione.

4.5.3. Que no hay motivación en la sentencia y por ello viola la ley.

4.5.4. Presentó en la audiencia una copia notariada de la declaración jurada de la Jueza Mónica Encalada, que inicialmente conoció la causa y, que la sentencia impugnada es violatoria de la ley.

En la réplica el doctor Joffre Campaña manifiesta:

4.5.5. Citó a los tratadistas de Derecho Penal Tomas Gálvez y Ricardo Rojas, quienes se refieren a la coautoría, como una forma de autoría donde varios tienen el dominio del hecho, que no es posible la coautoría, porque de la sentencia no se expresa como, cuando, donde planificaron el delito, es decir no existió la planificación de un hecho, no se dice donde se pusieron de acuerdo, ni la distribución de roles, no existe forma jurídica para condenar, que se inventaron tanto lo del estatuto social, como que le subieron el sueldo a Emilio Palacio para que injurie, mintieron “descaradamente” no hay prueba.

4.5.6. Que no es admisible la práctica desleal de la defensa y ninguno de los profesionales que patrocinan a los querellados ha inducido a engaño a este

Tribunal y, equivocadamente se dice que no han fundamentado.

4.5.7. Sostener que la jurisprudencia de la Corte de Derechos Humanos, es cualquier cosa, es un error expresado por el querellante, porque han ejercido los derechos que consagra la Constitución y debe tomarse en consideración el artículo 416 número 9 de la Constitución referente a las relaciones internacionales.

4.5.8. Que en la Corte Constitucional existe un trámite para declarar la inconstitucionalidad del desacato, solicitando prudencia para expresar el fallo, que no debe existir desesperación en un juicio de acción privada.

4.5.9. Se refirió a la prueba y al artículo 29 del Código Penal, a las circunstancias atenuantes y a la existencia de que previamente existió provocación, amenazas e injurias.

4.5.10. Que es falso que no se pueda agregar en casación los informes emitidos por destacados catedráticos internacionales, quienes opinan sobre la proporcionalidad, la autoría coadyuvante y sobre temas universales, que son los que precisamente deben citar los miembros del Tribunal en este fallo.

En segunda réplica, el doctor Campaña manifestó que es un proceso sobre la libertad de expresión, donde se quiere condenar a tres ciudadanos con hijos y que se debe respetar el derecho a pensar, considerando irracional los cuarenta millones de indemnización.

4. 6.- El doctor Alembert Vera Rivera a nombre del querellante economista Rafael Correa Delgado, manifestó:

4.6.1. Que los querellados no han fundamentado los recursos de casación, ya que solo han expuesto sobre la “teoría del caso” y las “pruebas”, tratando

de inducir a engaño al Tribunal, expresando que no se ha transgredido norma constitucional, tratados internacionales, ni el procedimiento penal y civil.

4.6.2. Que el querellante acusa a los hermanos Pérez como autores coadyuvantes y dicha autoría no la han comprendido hasta ahora, adjuntando dictámenes internacionales pagados y a pesar de eso, tampoco han entendido la querrela y que estando en etapa de resolución, no es el momento para incorporar documentos.

4.6.3. Que para alegar no se puede sustentar al mismo tiempo las tres circunstancias que contiene el recurso de casación, esto es, que hubiere contravención expresa, indebida aplicación o errónea interpretación y existe jurisprudencia al respecto.

4.6.4. Que no se ha sancionado a la persona jurídica, como lo refieren los querrelados, ya que el sustento para fijar el monto de la indemnización es el artículo 31 numeral 1, literal “c” del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 309, numeral 5, de la norma procesal antes citada, donde se faculta al Juez que dictó sentencia para determinar los daños y perjuicios que deben pagar los condenados y por el daño derivado del delito también debe sufragarlo la compañía anónima El Universo; evidenciándose que la contraparte no distingue entre responsables y autores, desconociendo que el Juez cuantifica en el mismo proceso, constituyendo la persona jurídica en una responsabilidad extracontractual por daño, ya que no es derivativa del delito, sino del daño y que no se ha acusado a la compañía El Universo, sino por daño derivado del delito, no se le ha puesto pena accesoria, no hay pena derivativa del delito.

4.6.5. Que los autores coadyuvantes, son los directivos y no la compañía, que todos los querrelados tratan de inducir a engaño al Tribunal.

4.6.6. Lo que se querella es injuria calumniosa y no desacato, ya que no se puede alegar derogatoria tácita y que la injuria calumniosa con la agravante del artículo 493 del Código Penal está vigente.

4.6.7. Que los querellados ya reconocen la autoría coadyuvante que describe el artículo 42 del Código Penal, ya que existe cooperación principal, irremplazable, no puede ser sustituido, existe intencionalidad, es decir dolo directo de los coadyuvantes, quienes sabían que estaban injuriado, que estaba atacando al economista Correa y sin embargo de ello le permiten publicar el artículo, lo nombran editor de opinión, le suben el sueldo para que continúe injuriando y así afectar la imagen y honra del economista Rafael Correa, es decir, sin los coadyuvantes no se hubiera cometido el delito, señalando la doctrina como agotamiento del delito, donde los directores de El Universo participaron, señalando que de fojas 72 a 125 de la querella existen los editoriales injuriosos, justificando la existencia del dolo de autor, porque lo hicieron a propósito.

4.6.8. Que en el estatuto social de la persona jurídica, en el artículo 20, se señalan las facultades del directorio, entre otras las de fijar las remuneraciones y en el artículo 22 las facultades del vicepresidente ejecutivo, donde se le concede la atribución de establecer la política noticiosa y editorial del medio, en cuyo conjunto es el derecho al veto que tienen los directivos, cuyo poder de vetar se refleja en la respuesta dada al doctor Gutemberg Vera Páez, expresando, que no la reproducen porque la consideran que injuria a dicho medio de comunicación y que precisamente esto es vetar, es decir, que los querellados deciden quien escribe y quien no, tenían perfecto dominio del hecho; respecto a los documentos agregados en el trámite del recurso de casación y en esta audiencia no tienen eficacia jurídica, porque no fueron presentados, ni actuados como prueba en la audiencia de primer nivel.

4.6.9. Que el tratadista español Gimbernard en una publicación del Diario El Mundo de 13 de octubre de 2011 manifestó que el honor prevalece ante todo.

4.6.10. Que la proporcionalidad, dicen los querellados, desobedece los estándares internacionales, refiriendo que la abogada Mónica Vargas patrocinó a la señora Cecilia Palacio en una causa similar a ésta, por delito contra el honor y la honra donde sostuvo, que la pena fue insuficiente, porque el daño sigue latente en la sociedad y es irreparable, solicitando el máximo de la pena y que en este proceso hay que tomar en consideración la gravedad de la injuria y la reproducción de la misma realizada a nivel mundial, por lo que no existe desproporción en la pena ni en la cuantificación de los daños y perjuicios; que en la querella no hay hipótesis, sino la aplicación de la ley, señalando al autor material, a los autores coadyuvantes y la responsabilidad civil; respecto a las costas procesales están amparadas en la ley y se sustenta en la reiterada práctica desleal de la defensa.

4.6.11. Que el voto salvado de segundo nivel, establece, que el delito de injuria y que los querellados lo omiten para inducir a engaño.

4.6.12. Que en su intervención el doctor Romero en representación del querellado César Pérez Barriga, no fundamentó y se refirió a todos los querellados, indicando que la cascada en España es eximente de responsabilidad, pero en el Ecuador no existe esa eximente.

4.6.13. Que la Convención Interamericana de Derechos Humanos, ratificada por el Ecuador, trata sobre la honra, la libertad de pensamiento, la responsabilidad ulterior y derecho de rectificación o respuesta, que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos ratificado por el Ecuador, respecto de la libertad de expresión, tiene deberes y responsabilidades y ciertas restricciones, que la Declaración Universal de Derechos Humanos, indica

que nadie puede ser objeto de injerencias en su vida privada y tiene derecho a la protección de la ley, así como también se refirió a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en cuyo artículo 5 trata sobre la honra, señalando que los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás y que todas las personas son iguales ante la ley.

4.6.14. Que lo expresado por todos los patrocinadores de los querellados, es una nueva teoría conspiradora sobre los hechos ocurridos el 30-S.

4.6.15. Que la injuria acusada es de acción privada.

4.6.16. Que los daños y perjuicios están fijados en 30 millones de dólares para los autores y en diez millones de dólares para la compañía El Universo y que no se pueden confundir los patrimonios.

Solicitó al final de su intervención que se declare improcedentes los recursos de casación y se confirme la sentencia, condenándolos en costas.

El doctor Alembert Vera en réplica sostuvo:

4.6.17. Que no se ha demandado a los querellados como coautores sino como autores coadyuvantes.

QUINTO: ASPECTOS JURÍDICOS Es pertinente establecer el marco jurídico, jurisprudencial y doctrinario para luego decidir sobre el fondo del cuestionamiento a la sentencia casada:

5.1.- Precedentes internacionales:

En el desarrollo jurisprudencial, la Corte interamericana ha desarrollado varios conceptos que resultan pertinentes a la resolución del presente caso, bien sea porque han sido mencionados por los

recurrentes, y porque permiten motivar la sentencia:

5.1.1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, al respecto citamos las siguientes sentencias:

Kimer Vs. Argentina: “54. Sin embargo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa⁴⁹.”

Tristán Donoso Vs. Panamá: “110. Sin embargo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa¹⁰¹.”

Fontevicchia y D’Amico Vs. Argentina: “43. Sin embargo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa³⁶.”

5.1.2. En el caso Tristán Donoso Vs. Panamá la Corte Interamericana de

Derechos Humanos se refirió a la responsabilidad ulterior, estableció la diferencia entre opinión y afirmación y reconoció la posibilidad de responder penalmente al cometer delito de calumnia, correspondiendo la acusación y la prueba a quien se considera afectado; afirmando la Corte interamericana que:

Legalidad de la medida.- 117. La Corte observa que el delito de calumnia, por el cual fue condenada la víctima, estaba previsto en el artículo 172 del Código Penal, el cual es una ley en sentido formal y material (*supra* párr. 108).

Finalidad legítima e idoneidad de la medida.- 118. La Corte ha señalado que los funcionarios públicos, al igual que cualquier otra persona, están amparados por la protección que les brinda el artículo 11 convencional que consagra el derecho a la honra. Por otra parte, el artículo 13.2.a) de la Convención establece que la “reputación de los demás” puede ser motivo para fijar responsabilidades ulteriores en el ejercicio de la libertad de expresión. En consecuencia, la protección de la honra y reputación de toda persona es un fin legítimo acorde con la Convención. Asimismo, el instrumento penal es idóneo porque sirve el fin de salvaguardar, a través de la conminación de pena, el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo¹⁰⁷.

120. La Corte no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma

verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación¹⁰⁹.

124. La Corte observa que la expresión realizada por el señor Tristán Donoso no constituía una opinión sino una afirmación de hechos. Mientras que las opiniones no son susceptibles de ser verdaderas o falsas, las expresiones sobre hechos sí lo son. En principio, una afirmación verdadera sobre un hecho en el caso de un funcionario público en un tema de interés público resulta una expresión protegida por la Convención Americana. Sin embargo, la situación es distinta cuando se está ante un supuesto de inexactitud fáctica de la afirmación que se alega es lesiva al honor. En el presente caso en la conferencia de prensa el señor Tristán Donoso afirmó dos hechos jurídicamente relevantes: a) el ex Procurador había puesto en conocimiento de terceros una conversación telefónica privada, hecho cierto, incluso admitido por dicho funcionario y, como ya ha sido señalado, violatorio de la vida privada (*supra* párr. 83); y b) la grabación no autorizada de la conversación telefónica, por la cual el señor Tristán Donoso inició una causa penal en la que posteriormente no quedó demostrado que el ex Procurador hubiera participado en el delito atribuido (*supra* párrs. 49 y 61).

5.1.3. Sobre el honor de los funcionarios públicos y su protección en la vigencia de los principios del pluralismo democrático, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varios casos que se citan a continuación, ha sostenido:

En el caso *Tristan Donoso Vs. Panamá*:

111. Por su parte, el artículo 11 de la Convención establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Esto implica límites a las injerencias de los particulares y del Estado. Por ello, es

legítimo que quien se considere afectado en su honor recurra a los medios judiciales que el Estado disponga para su protección¹⁰².

112. El ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. En ese proceso de armonización le cabe un papel medular al Estado buscando establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito¹⁰³. La necesidad de proteger los derechos a la honra y a la reputación, así como otros derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención.

Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica:

128. En este contexto es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático.

Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático.

129. Es así que el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un

mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público.

5.1.4. Con respecto a la posibilidad de aplicar medidas penales a propósito de la expresión de injurias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que tales medidas no son contrarias a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, sobre esto están los casos: *Kimel Vs. Argentina*,

“55. Por su parte, el artículo 11 de la Convención establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Esto implica límites a las injerencias de los particulares y del Estado. Por ello, es legítimo que quien se considere afectado en su honor recurra a los medios judiciales que el Estado disponga para su protección⁵⁰.

77. Tomando en cuenta las consideraciones formuladas hasta ahora sobre la protección debida de la libertad de expresión, la razonable conciliación de las exigencias de tutela de aquel derecho, por una parte, y de la honra por la otra, y el principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática, el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido. La tipificación penal de una conducta debe ser clara y precisa, como lo ha determinado la jurisprudencia de este Tribunal en el examen del artículo 9 de la Convención Americana.

78. La Corte no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema

gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación. En este orden de consideraciones, la Corte observa los movimientos en la jurisprudencia de otros Tribunales encaminados a promover, con racionalidad y equilibrio, la protección que merecen los derechos en aparente pugna, sin mellar las garantías que requiere la libre expresión como baluarte del régimen democrático⁵⁷.”

Tristán Donoso Vs. Panamá

“120. La Corte no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación¹⁰⁹.

131. Por otra parte, no ha quedado demostrado en el presente caso que la referida sanción penal haya resultado de las supuestas deficiencias del marco normativo que regulaba los delitos contra el honor en Panamá. Por ello, el Estado no incumplió la obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno establecida en el artículo 2 de la Convención Americana.”

Fontevicchia y D’Amico Vs. Argentina:

“Necesidad de la medida. 54. Desde su primera decisión sobre la materia el Tribunal ha hecho suyo el criterio que para que una restricción a la libre expresión sea compatible con la Convención Americana, aquella debe ser necesaria en una sociedad democrática, entendiendo por “necesaria” la existencia de una necesidad social imperiosa que justifique la restricción⁴⁶.

55. Asimismo, la Corte ha establecido que el Estado tiene que dotar a las personas de los medios para establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para respetar y salvaguardar los derechos fundamentales. En su jurisprudencia, el Tribunal ha analizado casos en los cuales se debatía la necesidad de la sanción penal y ha establecido que “no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones”⁴⁷.

Así también la Corte ha citado a las resoluciones del Tribunal Europeo en el caso Castells, y de la Corte Europea en el caso Mamere, que en lo sustancial concuerdan con lo transcrito.

5.1.5. En el caso Tristán Donoso vs. Panamá, la Corte Interamericana de Derechos Humanos requirió la legalidad de la pena por injurias al tiempo de los hechos.

“136. Los representantes sostuvieron que el señor Tristán Donoso sufrió “una sanción penal por manifestaciones calificadas de violatorias a la honra y la dignidad de una persona, sin hacer [se] una distinción en razón del carácter de interés público que tenía la denuncia [por él realizada contra el Procurador Sossa]”. Señalaron que “el Estado penalizó el ejercicio legítimo de la libertad de expresión”, es decir, un acto “esencialmente lícito”, y violó así el principio de legalidad, contenido en el artículo 9 de la Convención Americana, en relación con la obligación general prevista en el artículo 1.1 del mismo tratado.

137. El Estado sostuvo que dicho argumento de los representantes resulta jurídicamente insostenible. Indicó que “la acción [del señor Tristán Donoso] de acusar directamente en conferencia de prensa al entonces Procurador [...] de haber cometido un hecho delictivo configuraba el tipo penal previsto en los artículos 172 y 173.a del Código Penal”, lo que no contrariaba el principio de legalidad.

138. Como la Corte lo ha señalado anteriormente (*supra* párr. 73) la víctima, sus familiares o sus representantes pueden invocar derechos distintos de los comprendidos en la demanda de la Comisión, sobre la base de los hechos presentados por ésta.

139. No obstante, al analizar la violación del artículo 13 de la Convención, la Corte declaró que la conducta imputada al señor Tristán Donoso y la sanción correspondiente estaban tipificadas penalmente en una ley, la que se encontraba vigente al momento de los hechos (*supra* párr. 117). La declaración de una violación a la Convención Americana por la aplicación en el caso concreto de dicha norma no implica en sí misma una violación al principio de legalidad, razón por la cual la Corte considera que el Estado no violó el derecho consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana.

Lo expuesto lleva a concluir que la jurisprudencia internacional no se opone a que se sancione penalmente a quien en abuso del ejercicio del derecho a la libertad de expresión atenta contra el honor, la dignidad de una persona, sea o no funcionario público, pero la sanción debe estar previamente establecida en el ordenamiento interno.

5.2.- Normativa Constitucional.

5.2.1.- La Constitución de la República, en el artículo 6, consagra que todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución. El artículo 10 establece que las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, son titulares y gozan de los derechos garantizados en la Constitución y en los Instrumentos internacionales. El ejercicio de los derechos se regirá por los principios: de exigibilidad en forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; la igualdad y goce de los mismos derechos, deberes y obligaciones; aplicación directa e inmediata; no restricción de derechos y garantías; aplicación de la norma e interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia; inalienabilidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, interdependencia e igual jerarquía; no exclusión de los derechos derivados de la dignidad de las personas, pueblos y nacionalidades; progresividad a través de normas, jurisprudencia y políticas públicas; respeto del Estado y hacer respetar los derechos, como lo establece el artículo 11.

5.2.2.- La Constitución reconoce y garantiza los derechos de libertad, la igualdad formal, el derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente, en todas sus formas y manifestaciones, el derecho al honor y al buen nombre, entre otros, artículo 66, numerales 4, 6 y 18. Se garantiza el derecho al acceso a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita, artículo 75, como parte de los derechos de protección, debiendo aplicarse los principios de inmediación y celeridad, sin que las partes en litigio queden en la indefensión y asegurándolas el derecho al debido proceso, artículo 76, donde las partes, en igualdad de condiciones, ejercen todos y cada uno de los derechos establecidos en la norma suprema.

5.2.3.- La Supremacía Constitucional, consagrado en el artículo 425, coloca a la Carta Magna en la cúspide de la escala de valores a tener en cuenta por el

Juzgador, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, es deber de los Jueces velar porque los Derechos y Garantías de los sujetos procesales se cumplan, haciendo una interpretación interpartes de la Constitución; que no debe entenderse solo dirigida a cuidar los derechos y garantías de los justiciables; sino también, de las víctimas del delito conforme al artículo 78.

5.2.4.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y debe hacer efectivos los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad, economía procesal, así como, la aplicación de las garantías del debido proceso, sin sacrificar la justicia por la omisión de meras formalidades, principios desarrollados en el Código Orgánico de la Función Judicial, que enfatiza el principio de celeridad, esto es, que la Administración de Justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación, como en la resolución de la causa y en la ejecución de lo decidido.

5.3.- Normativa sustantiva.-

5.3.1.- El Título VII del Código Penal, trata sobre los “Delitos contra la Honra y específicamente sobre la Injuria, en el artículo 489, se determina que la injuria es: Calumniosa, cuando consiste en la falsa imputación de un delito; y, no calumniosa, cuando consiste en toda otra expresión proferida en descrédito, deshonor o menosprecio de otra persona, o en cualquier acción ejecutada con el mismo objeto. En el artículo 490 se establece que las injurias no calumniosas son graves o leves: Son graves: 1o.- La imputación de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias pueden perjudicar considerablemente la fama, crédito, o intereses del agraviado; 2o.- Las imputaciones que, por su naturaleza, ocasión o circunstancia, fueren tenidas en el concepto público por afrentosas; 3o.- Las imputaciones que racionalmente merezcan la calificación de graves, atendido el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor; y, 4o.- Las bofetadas, puntapiés, u otras ultrajes de obra. Son leves,



las que consisten en atribuir a otro, hechos, apodos o defectos físicos o morales, que no comprometan la honra del injuriado.

5.3.2.- Artículo 491.- El reo de injuria calumniosa será reprimido con prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinte y cinco dólares de los Estados Unidos de Norte América, cuando las imputaciones hubieren sido hechas, en reuniones o lugares públicos; en presencia de diez o más individuos; por medio de escritos, impresos o no, imágenes o emblemas fijados, distribuidos o vendidos, puestos en venta, o expuestos a las miradas del público; o, por medio de escritos no publicados, pero dirigidos o comunicados a otras personas, contándose entre éstos las cartas.

5.3.3.- Artículo 493.- Serán reprimidos con uno a tres años de prisión y multa de seis a veinte y cinco dólares de los Estados Unidos de Norte América, los que hubieren dirigido a la autoridad imputaciones que constituyan injuria calumniosa. Si las imputaciones hechas a la autoridad constituyeren injurias no calumniosas, pero graves, las penas serán de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a diecinueve dólares de los Estados Unidos de Norte América.

5.4.- Normativa adjetiva.-

5.4.1.- El artículo 36 del Código de Procedimiento Penal determina cuales son los delitos de acción privada, encontrándose entre ellos la Injuria calumniosa y la no calumniosa grave, que al ser acción privada corresponde el ejercicio de la acción, únicamente al ofendido, mediante querrela. El trámite está previsto en el artículo 371 y los artículos pertinentes del Capítulo II, del Título V, del Libro IV del Código de proceder en materia penal.- Dentro de los delitos de injuria, existen aquellos que se cometen mediante la imprenta, la radiodifusión, la

televisión y otros medios de comunicación social, a los que se debe aplicar las normas generales que establece el Código de Procedimiento Penal, y además, las reglas especiales contempladas en los artículos 383 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

5.5.- Normativa sobre casación penal.-

5.5.1.- Al tenor de lo dispuesto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, el Recurso de Casación, es un medio impugnatorio, que tiene por objeto corregir los errores de derecho que pudiera incurrir el inferior en la sentencia, por lo que constituye un recurso extraordinario de control de la legalidad en los fallos de instancia, artículo 10, inciso segundo, del Código Orgánico de la Función Judicial.

5.6.- Normativa internacional.-

Es menester destacar algunas disposiciones de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos:

5.6.1.- Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.-

Art. 8.- Garantías Judiciales.- 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena

igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí misma ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el Tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni a declararse culpable; y, h) derecho de recurrir del fallo ante Juez o Tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Art. 11.- Protección de la Honra y de la Dignidad.- 1. Toda persona tiene derecho al respecto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Art. 13.- Libertad de Pensamiento y de Expresión.- 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende

la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.- 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color.

Art. 14.- Derecho de Rectificación o Respuesta.- 1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. 2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido. 3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de

radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades, ni disponga de fuero especial.

Art. 32.- Correlación entre Deberes y Derechos.- 1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.-

5.6.2.- Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Art. 1.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

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

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

SEXTO.- ANÁLISIS DE LA SALA.-

6. 1.- El Recurso de Casación es extraordinario y formal, permite controlar si el Inferior ha violado la ley; y, si dicha violación ha causado gravamen. Las causales para que opere el recurso, son específicas y, en nuestra legislación, se encuentran establecidas en el artículo 349 del Código de Procedimiento

Penal: ***“El Recurso de Casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba.”***- Por medio de la casación, se trata de rectificar la violación de la ley en que ha incurrido el Inferior en la sentencia; no es susceptible de un nuevo estudio del proceso, ni una nueva valoración de las pruebas. Siendo así, Ricardo C. Núñez, expresa: ***“El de casación es un recurso extraordinario porque no implica la posibilidad del examen y resolución “ex novo” de la cuestión justiciable, en todos sus aspectos de hecho y de derecho, sino, únicamente, el examen y resoluciones por éste de la aplicación de la ley procesal o sustantiva hecha, en el caso, por el tribunal “a quo”***”. De manera que, este recurso no faculta al Juzgador realizar un nuevo examen de la prueba actuada dentro del proceso, y tiene como objetivo corregir y enmendar los errores de derecho que vicien la sentencia judicial, por uno de los motivos consignados en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. La discordancia entre la verdad fáctica y su reconstrucción contenida en la sentencia, no pueden abrir nunca la vía de la casación”. El Tratadista Fabio Calderón Botero, en su obra Casación y Revisión en materia penal, manifiesta: ***“es un juicio técnico jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia, también conocido por la doctrina como error in iudicando...”***.

6.2.- La Constitución de la República, al tratar sobre los Derechos de Libertad, establece que se reconoce y garantiza a las personas, el derecho al honor y al buen nombre, artículo 66, numeral 18.

6.3.- El Maestro, Dr. Jorge Zavala Baquerizo, (Reflexiones sobre los delitos contra el Honor. Revista del Colegio de Abogados del Guayas No 4, 1973) afirma ***“que el honor es un bien jurídico de la misma importancia que el bien jurídico de la vida. La personalidad está integrada por los aspectos***

biológicos y psicológicos y esa es la razón por la que el Estado considera su deber proteger tanto la vida y la integridad física de las personas, como la integridad moral de las mismas. De esa manera se explica que la norma jurídica, en algunos casos encierre dentro de sí, como uno de los objetos principales, tanto el bien jurídico de la vida y de la integridad física de las personas, por lo que se prohíbe matar o lesionar; como el bien jurídico del honor, por lo que se prohíbe injuriar (...) Así mismo, cuando se violenta la norma jurídica que prohíbe injuriar, la ley penal aprehende esa conducta antijurídica y señala la pena que el órgano jurisdiccional debe imponer al autor del delito (...) el propio código penal solo establece una clase de delitos contra el honor: el de injurias, que es precisamente como se intitula el capítulo único del título dedicado a los delitos contra el honor; y todos sabemos que la injuria es un delito que específicamente lesiona el honor, más que la honra, la que, en nuestra opinión es una forma abstracta de concebir el honor. Pensamos, como muchos autores, que el honor presenta dos aspectos esenciales que se interrelacionan entre sí. Por un lado, el aspecto subjetivo, el que se refiere al sentimiento que la propia persona tiene sobre sí misma, esto es, sobre la evaluación que todo hombre tiene sobre sus respectivas capacidades físicas y morales. Esto es lo que se conoce con el nombre de “honor subjetivo”. Por otro lado, el aspecto objetivo, el mismo que dice relación con la opinión que los demás miembros de la sociedad tienen sobre uno, esto es, la evaluación social del grupo frente al individuo, lo que se conoce con el nombre de “honor objetivo” o simplemente reputación. Bien dice Carrara (Programma” Vol. III, & 1703) que el honor no lo atribuye la sociedad, sino que es inherente al hombre mismo. Pero esta conceptualización es feliz siempre que se trate del honor en su aspecto subjetivo, pero no lo es cuando miramos el problema desde el aspecto objetivo, ya que, en este último caso, es precisamente la sociedad la que forma opinión con

respecto a los méritos del individuo. Es lo que Mezger (“Derecho Penal”, Parte Especial) llama “la opinión pública” que, según dicho autor, “es el criterio que sustenta un grupo más extenso en contraposición con círculos más pequeños, determinados individualmente (...) con cualquier clase de injurias, se ofende el sentimiento personal, se lesiona la integridad moral de la víctima; y en otras ocasiones, además, se lesiona el aspecto objetivo del honor en relación con el prestigio, la fama, etc., del ofendido ... mucho se ha escrito sobre el muy discutible “animus injuriandi”, sosteniendo que el llamado ánimo de injuriar no es más que la intención de lesionar el honor ajeno, no es más que el dolo que exige nuestro CP(sic), en el delito de injurias, como lo exige en cualquier otro delito intencional. Von Liszt dijo que la intención de ofender no es otra cosa que “el conocimiento de la significación injuriosa de la acción”, y Maurach más recientemente y de manera general expresó que el dolo no es más que “el querer de un resultado típico” (...) proferida la injuria se presume que ha sido cometida con voluntad y conciencia. No se exige otro elemento subjetivo a más de la intención de ofender el honor, es decir, la de adecuar la conducta a un tipo penal que describe el acto de atacar la honra ajena. Ninguna persona llama a otra “ladrón” con el ánimo de halagarlo, o de corregirlo, o de favorecerlo. Si lo llama “ladrón” es porque la intención de ofender el honor a la víctima ha sido la finalidad del agente, ya que este tiene conciencia de que esa palabra afecta el honor de cualquier persona a quien vaya dirigida. No se exige para la consumación del delito que además del dolo genérico exista un dolo específico, un ánimo especial. Probado el hecho de haberse proferido la injuria, la Ley presume, salvo prueba en contrario, que el agente tuvo la intención de atacar el honor ajeno; así como probada la muerte de un hombre por parte de otro, la Ley considera que hubo la intención de atacar la integridad física de la persona. Cometido el homicidio, se presume la intención de

matar salvo, prueba en contrario, sin que exija un ánimo especial para que se entienda consumado el homicidio. En igual forma, proferida la injuria, se presume que hubo intención de deshonrar, sin que se exija ningún otro ánimo especial para la consumación del delito. Bien dice Carrara (ib. &1735) que “la esencia de la injuria se la debe buscar no en la parte externa de los vocablos, sino en la intención de quien los profiere” y que “la cuestión intencional supone siempre como previa la prueba de la parte material”, esto es, que establecido procesalmente el hecho de haberse proferido los vocablos injuriosos, se presume que hubo intención de ofender el honor ajeno. (...) El que injuria tiene conciencia del valor lesionante de sus palabras y precisamente para ese fin las escoge.”.-

6.4.- Para mayor abundamiento, citamos a Ulpiano, quien, en el Título ***“Di Injuriis” Ley 3 del Digesto***, señala: ***“Injuria ex affectu facientis consistit”, que “La Injuria consiste en la intención del que la hace”.***

6.5.- El honor y la honra componen la integridad moral de un ser humano, inherente a la dignidad humana. Así como una persona se mantiene íntegra cuando nadie vulnera su composición material, en el conjunto de sus músculos, huesos y funciones biosíquicas, cuando nadie disminuye o altera su estructura orgánica; también permanece íntegra cuando nadie lesiona su dignidad, su honor y su honra, es decir, su valor ante los demás. La integridad moral es un estado al que tiene derecho toda persona en su noble categoría de ser humano, para conservarse en el uso y goce de sus sentimientos íntimos de dignidad, disfrutar y complacerse con la buena fama conquistada por ella, y, aún transmitirla a otros, como acervo de cualidades que conforman éticamente a cada uno, y, que al ser reconocidas, le comunican la admiración, el respeto y la confianza de sus congéneres. Esta acumulación de cualidades constituye un patrimonio, se forma como cualquier patrimonio, por la afluencia sucesiva de

hechos, por una obra constantemente calificada por los demás como benéficas para el depositario y para los miembros del conjunto. Pero no es solo lo que piensen o digan los demás de nosotros lo que importa, es sin lugar a dudas importante lo que nosotros pensamos y creemos de nosotros mismos: nuestro amor propio y nuestra propia consideración de honor y honra lo que nadie tiene derecho a dañar con injurias, sean estas de palabra o de obra. El hecho del nacimiento, cualesquiera fueren las formas en que se produzca, la ascendencia, la holgura o la estrechez, trae con esa persona esos bienes y obliga a que sean respetados por todo el sistema normativo. En otros términos, los atributos de la personalidad, entre los cuales figuran la honra y el honor, no emergen solamente del ordenamiento Constitucional o de los Instrumentos Internacionales; ni del ordenamiento legal; sino del que vive para gozar de ellos. Son las Constituciones las que deben recogerlos y rodearlos de amplias garantías. El ser humano no pertenece al Derecho; por el contrario, el Derecho debe servir a la persona. No hay categoría superior, ni fuerza destructora del complejo formado por la naturaleza y la historia, capaz de resistir, avanzar y sostener el ímpetu de las liberaciones sucesivas.

6.6.- EL HONOR Y EL "DERECHO AL HONOR".- El Honor, la Honra y la Integridad Moral, no son simples derechos como lo sostiene GARRIDO MONT. Ya se ha mencionado que estos son atributos de la persona, inherencias del ser, que, por derivar de su propia esencia, son inalienables, intransferibles e inagotables. El solo hecho que los componentes de una sociedad vivan en comunidad de intereses que los obliga a relacionarse, les impone la necesidad de considerarse y mantener un trato digno. Esta necesidad se traduce en un vínculo jurídico, compuesto por el derecho de cada uno de exigir un trato digno de los demás hacia su persona; y, correlativamente el recíproco comportamiento hacia los que lo rodean. Este vínculo jurídico es lo que tenemos denominado como "DERECHO AL HONOR", que se deriva del

derecho a la vida. Todo ser humano, por el hecho de existir y vivir en sociedad, cualquiera que sea su edad, sexo, estado mental, condición, moral y sentimientos afines, es acreedor al derecho indicado. Para ser titular del mismo sólo se exige la condición de ser miembro de una grey: la humana. Francesco Carrara en su obra Programa de Derecho Criminal dice: ***“El Honor es un derecho inherente a nuestra personalidad y tal derecho no debe impunemente ser conculcado. Basta presentarse como individuo perteneciente al género humano”*** Juan P. Ramos, en su obra Derecho Penal expresa: ***“La Ley Penal presume que todos los hombres tienen el interés jurídico del honor por lo cual debe protegerlo. Vela pues por el respeto social que merecen tanto el elemento interno subjetivo del honor decoroso, como el elemento externo objetivo de la reputación...”*** Eugenio Cuello Calón, en su obra Derecho Penal señala: ***“La protección penal no se limita a los mencionados aspectos del honor, al de la dignidad personal y al de la buena reputación: se extiende en general a sancionar toda falsa imputación de hechos delictuosos, y, aún la verdadera de hechos inmorales. También se extiende a todo género de expresiones y hechos ofensivos para la integridad moral humana, por lo cual el precepto protege la integridad moral de todos, tanto de quienes poseen el sentimiento de dignidad, como de los indignos y deshonrados.”***

6.7.- LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.- Esta comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, por cualquier medio o procedimiento. No puede haber censura previa, ni tampoco puede ser considerado con carácter absoluto. Solo puede haber responsabilidades ulteriores como consecuencia de su ejercicio. Estas responsabilidades son para salvaguardar los derechos de los demás o la reputación de los demás o proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública. La Doctrina es reiterativa, al establecer que el derecho

a informar o a la expresión del pensamiento, no puede prevalecer ante el derecho a la honra, porque bajo el axioma que “mi derecho termina, donde comienza el derecho del otro”, no se debe abusar del ejercicio de las libertades ciudadanas, pues, el artículo 11, numeral 6 de la Constitución de la República establece que los derechos y garantías, son de igual jerarquía. **Alfonso Raúl Peña Cabrera Freyre**, en su obra Derecho Penal parte especial, en forma acertada señala: ***“Sabemos que los medios de comunicación cumplen un rol importante en la formación, información y orientación de la opinión pública. Durante su proceso formativo existen factores que actúan no ya sobre los individuos, a fin de integrarlos a un grupo social, sino sobre el grupo mismo ofreciendo información sobre los problemas políticos, despertando su interés por ellos y procurando, en algunos casos obtener una respuesta favorable”***. Agregando ***“Empero, a su vez, aparece una prensa mordaz, osada e irresponsable, que a fin de vender el producto a los lectores y/o televidentes, es capaz de poner en difusión, esto es, al descubierto información que no necesariamente se condice con la verdad de los hechos, en el sentido, de que ni siquiera ha cumplido con contrastar su información de forma adecuada, más aun cuando se trata la imputación de hechos delictivos o, en otros casos, cuando se atribuye calificativos peyorativos que dañan considerablemente el honor, la fama, el prestigio de una persona. Esta forma de informar y de transmitir las noticias, colinda con el temerario desprecio hacia la verdad, que no se colige con la realización de un legítimo derecho, amparado constitucionalmente. No existe pues un derecho a la difamación, al menosprecio desvalorativo, a la ofensa y a la injuria; no confundamos el ejercicio legítimo de un derecho, con el abuso de un derecho”***. A esto complementa lo que el tratadista Víctor Julio Ortecho Villena, expresa: ***“La libertad de prensa, en sus diferentes formas, cumplen un rol importantísimo no solamente de información sino también de crítica y***

fiscalización de los actos públicos realizados por las autoridades y funcionarios de los diferentes órganos del Estado (centrales, descentralizados y órganos constitucionales). Pero para que los medios de comunicación social o quienes acceden a ellos cumplan tan importante labor, deben enmarcarse en términos de responsabilidad y en función a la verdad de los hechos. Cuando esto no fuera posible, tienen la obligación ética de pronunciarse en términos condicionales, es decir, sujetos a la consiguiente investigación y comprobación, ya que, de lo contrario, pueden provocar daños no solo a la moral de las personas mencionadas en sus noticias o comentarios, sino también al conjunto de la ciudadanía. Y por otra parte, cuando una información y las calificaciones que se hacen de determinados hechos, como si los medios de comunicación estuvieran sentenciando, se ven defraudados, cuando tales hechos llegan al poder judicial y se investigan los verdaderos alcances, las esperadas sanciones no se ocurren... Consiguientemente, por más execrable que fuera el delito que se investiga, al presunto autor le asiste el derecho a la presunción de inocencia. Si esto es así, con mayor razón, si se trata de conductas de políticos y funcionarios, que están sometidos a investigaciones, todavía no judiciales, también por analogía son los denunciantes los que deben probar o cuando menos aportar las pruebas de sus imputaciones y no exigirles a los denunciados que prueben su inocencia o no responsabilidad...". En este orden, es importante señalar que, en la especie, no existe colisión entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la honra, ya que se encuentran intactas las garantías constitucionales de opinar, informar, comunicar, expresar, participar, acceder a los medios, investigar; siempre y cuando se lo haga con sujeción a la Constitución de la República, los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y la ley, en irrestricto respeto a la dignidad humana, la libertad y la igualdad.

6.8.- En este contexto, es de acertado referir al contenido de la Gaceta Judicial N° 15, Serie 17, Página 5091, de 29 de octubre de 2004, en la cual se publica el caso contra el periodista Fierro, así: ***“Examinada la sentencia objetada, este Tribunal Supremo de Casación no encuentra que exista violación de los preceptos que garantizan la libertad de opinión y expresión del pensamiento, pues todos ellos la subordinan al respeto a ese otro derecho fundamental, y primigenio, que es el derecho a la honra, por ser consustancial a la naturaleza de la persona y que atañe a su dignidad intrínseca, derecho éste que prevalece sobre libertades y garantías derivadas de esa condición humana, como son la libertad de opinar y la libertad de prensa, pero que no son de su esencia. La Constitución, las convenciones internacionales y las Declaraciones Universal y Americana de los Derechos Humanos, invocadas por el recurrente, establecen el límite de la libertad de opinión, expresión y difusión del pensamiento hasta el lindero donde comienza el derecho a la honra y el honor de las personas. Varias sentencias de Tribunales de Justicia de nuestro Continente, concuerdan en ello. Así: la sentencia 163-95 TAP, dice: “Hay que establecer el límite preciso de la libertad de expresión del pensamiento, que comparte con la protección al honor, el carácter de derechos fundamentales de los hombres. Ese límite es la prohibición de obstruir o lesionar los derechos de otras personas. La libertad de expresión del pensamiento no es un derecho que elimine la antijuricidad de quien abusa del mismo, sino el derecho a expresarse sin censura previa pero con responsabilidad si sus palabras o escritos exceden los límites de su propio derecho, lesionando el derecho de otras personas” (1); sentencia 88-93-CSJ: “La consideración doctrinaria acerca de la primacía de derechos fundamentales sobre otros, no es pacífica, ya que por un lado se ha perfilado la posición de que unos son prevalentes y que los demás deben comprimirse frente a ellos. Si el derecho a la información*”**

colisiona con los demás de esencia nuclear o principal debe ceder lugar a éstos" (2). Zannoni - Biscaro, a su vez considera que "...la doctrina moderna no hace prevalecer las garantías fundamentales, unas sobre otras, como principio a priori. Pero la libertad de información no es una libertad puramente formal desprovista de fines. Pues bien, si el ejercicio de esa libertad excede los fines en virtud de los cuales ha sido reconocida, se abusa de ella y, en tanto causa perjuicio, genera responsabilidad ante el damnificado" (3). En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, fallo Morales Solá, se considera: "Que es doctrina de este Tribunal que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información no es absoluto puesto que no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía que debe guardar con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentra el de la integridad moral y el honor de las personas. Es por ello que el especial reconocimiento constitucional de que goza esta libertad no elimina la responsabilidad ante la justicia por los delitos y daños cometidos en su ejercicio habida cuenta de que no existe el propósito de asegurar la impunidad de la prensa" (4) ... "El derecho de prensa no ampara los agravios, la injuria, la calumnia, la difamación. No protege la falsedad ni la mentira, ni la exactitud cuando es fruto de la total y absoluta despreocupación por verificar la realidad de la información... Que los medios de comunicación sin duda alientan el espíritu democrático de una sociedad cuando cumplen con la obligación de brindar información ajustada a las exigencias del lugar, como formadora de opinión y presa de pautas éticas propias de la actividad social que debe cumplir. La prensa desempeña un importante rol de discusión de los asuntos públicos y cumple un papel esencial para la subsistencia del sistema democrático" (5). Que ello no garantiza el irresponsable ejercicio del mentado derecho, como tampoco existen derechos fundamentales absolutos en mengua de

otros también reconocidos y de igual jerarquía, pues su exceso no puede aislar la armonía que asegura la convivencia en sociedad. La verdadera esencia de este derecho radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, esto es, sin el previo contralor de la autoridad sobre lo que se va a decir pero no en la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos comunes previstos en el Código Penal"

6.9.- El Derecho al Honor, debe ser garantizado, no solo para sancionar el mal irrogado, sino para asegurar la convivencia social, el derecho a la prensa o a informar, no ampara las injurias, la calumnia o los agravios, que en su nombre se puedan ejecutar, por lo que la libertad de prensa y del pensamiento consagrado en la Constitución de la República, no es un derecho absoluto, sino que debe estar sometido a las responsabilidades ulteriores, sea quien sea la víctima.

6.10.- Es adecuado referir, a la autoría coadyuvante, esta es, de vieja data en el ordenamiento jurídico penal del Ecuador, actualmente contemplado en el capítulo denominado "de las personas responsables de las infracciones", como también establecer los grados de participación como **autores, cómplices y encubridores**. El artículo 42 del sustantivo penal, establece: ***"Se reputan autores los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito; los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución; los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; los que han***

coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin”.

6.10.1.- Para determinar su existencia jurídica penal, el Tribunal hace un análisis histórico al ordenamiento penal del Ecuador, en el **Primer Código Penal de 1837**, promulgado en la Presidencia de Vicente Rocafuerte, se limita a señalar en el artículo 53 que... ***“son punibles, sujetos a la responsabilidad que les impone la ley, no solamente los autores del hecho con que fuere violada, sino también los cómplices, los auxiliadores y encubridores”***. En el **Segundo Código Penal de 1872**, promulgado en la segunda presidencia de Gabriel García Moreno, al referirse a los autores, en el artículo 78, numeral 3º, dice:... ***“Los que coadyuvan de un modo principal y directo a la ejecución del hecho punible, practicando maliciosamente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse”***. Igual texto aparece en la publicación del Código Penal y Código de Enjuiciamientos en materia criminal de la República del Ecuador de 1889. El **Tercer Código Penal de 1906**, promulgado en la segunda presidencia del General Eloy Alfaro, el artículo 12, textualmente dice: ... ***“Se reputan autores, los que han perpetrado la infracción, sea de manera inmediata o directa, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando ese consejo ha determinado la perpetración del crimen o delito; los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución; los que han decidido la perpetración del hecho punible y efectuándolo valiéndose de otras personas, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; los que han coadyuvado a la ejecución de un modo principal, practicando deliberada y maliciosamente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u***

otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el hecho punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin.”. El Cuarto y último Código Penal, se publicó en 1938 en la presidencia del General Alberto Enríquez Gallo que, con reformas rige hasta la fecha, en el artículo 46 al referirse a los autores, con igual texto del anterior, en la parte pertinente dice...“***los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción***”. Desde 1938 hasta la presente fecha se han realizado **tres codificaciones** al Código Penal, que no constituyen nuevos códigos, siendo la primera en **1953**, la segunda en **1960** y la tercera en **1971**, cuya numeración es la que actualmente citamos al referirnos al actual Código Penal del Ecuador, no ha variado el contenido del artículo 42, cuyo texto lo citamos al inicio del presente historial, concluyéndose que la “***Autoría Coadyuvante***”, no es nueva, ha permanecido en nuestro ordenamiento penal desde 1872 con igual texto que el actual; y el hecho de que no haya sido esgrimida, utilizada o aplicada para atribuir las diferentes clases de autorías, no quiere decir que no esté vigente en el sustantivo penal, siendo valedera y legal su aplicación.

6.11.- Tradicionalmente se ha rechazado la posibilidad de que una persona jurídica tenga responsabilidad penal por un delito, bajo el argumento de que el dolo o la culpa no puede recaer en ella, sino en las personas físicas que están detrás de una persona jurídica y toman las decisiones. Sin embargo, en el caso analizado más que culpable, la Compañía Anónima “El Universo”, está declarada responsable del pago de daños y perjuicios en solidaridad para efectos indemnizatorios, por una conducta determinada a consecuencia del comportamiento de los querellados, considerando que el grado de responsabilidad de la persona jurídica está dada precisamente por el nivel jerárquico de los infractores, de la acción u omisión en sus deberes de

organización, de dirección, de falta de adopción de medidas que pudieron impedir la publicación que provocó el acto antijurídico; de modo que, la responsabilidad colectiva de la persona jurídica deviene de la culpabilidad individual de sus accionistas; por ello, si bien no puede imponérsele los tipos de penas que establece nuestra ley sustantiva penal, existen otras sanciones como las pecuniarias o las inhabilitaciones, que pueden ser adecuadas a la responsabilidad de la Empresa. Para mayor abundamiento, citamos lo expresado por la Sala de lo Civil, Mercantil y Familiar de la Corte Nacional de Justicia, integrada entonces por el Dr. Carlos Ramírez Romero, Dr. Manuel Sánchez Zuraty y Dr. Galo Martínez, (Gaceta Judicial, Serie XVIII, No. 9, octubre 2009 a diciembre 2010): ***“...El propio Arturo Alessandri Rodríguez, citado en el fallo impugnado, aseveró que las personas jurídicas son personal y directamente responsables de un delito o cuasidelito, sea de acción u omisión, cuando éste ha sido cometido por sus órganos, esto es, por las personas naturales o por los consejos en quienes reside la voluntad de la persona jurídica, según la ley o los estatutos...En la misma línea, los hermanos Mazeaud, así como Planiol y Ripert, han manifestado que la persona moral puede incurrir en culpa o dolo por medio de sus órganos, los cuales pueden ser de los más variados: asambleas generales, consejos de administración, administradores, gerentes y, en definitiva, todos los funcionarios que tengan iniciativa en la gestión, por mandato legal o estatutario. Los órganos de la persona moral, al expresar su sola voluntad, pueden comprometerla en todo lo que una persona puede ser comprometida por su propia voluntad, más poderosa, en este punto, que la de un mandatario...Nadie, ni las personas naturales ni las personas jurídicas, pueden beneficiarse de su propia falta, dolo o culpa...Es verdad que la persona jurídica no es responsable del dolo de su representante, cuando éste actúa a nombre de la persona jurídica la representación y la responsabilidad se funden, esto es, el***

representante es también la persona jurídica. La justicia y la ley no pueden permitir que la persona jurídica se desligue de los actos y contratos que no le convienen o no quiere cumplir...”. De esta manera se entiende que la determinación de responsabilidad de la persona jurídica es en la esfera civil a consecuencia de las actuaciones dolosas de las personas físicas que la componen, apreciación que no es contraria a nuestro ordenamiento jurídico tal cual lo señalado en la jurisprudencia y doctrina *supra* referidas.

7. DECISION DEL TRIBUNAL:

Es en este marco que se ha desarrollado el análisis y motivación de las decisiones adoptadas por los Jueces de la causa, este Tribunal de casación no tiene ninguna potestad para cambiar los hechos determinados.

La norma penal, en cuanto describe fáctica e hipotéticamente una eventual conducta humana punible, suministra un concepto jurídico, entendido como regulación abstracta de la conducta, contenida en la ley penal. Las cuestiones de derecho pueden provenir de una errónea inteligencia de la ley penal, también pueden provenir de una errónea consideración jurídica del caso, de modo que, teniendo presente por supuesto, que al tribunal de casación le está absolutamente prohibido determinar los hechos de la causa; pues, estos llegan a él definitivamente fijados por el tribunal de juicio, la Sala puede realizar el examen de las inobservancias o erróneas aplicaciones que de la ley sustantiva hagan los tribunales de juicio, sea por mala inteligencia, sea por mala consideración jurídica del caso resuelto, materia que si entra en el ámbito de las facultades del tribunal de casación y que, revisada la sentencia recurrida no se advierte ninguno de los errores denunciados por los casacionistas.

Este Tribunal de Casación no tiene ninguna potestad para cambiar los hechos determinados. Al efecto **Vélez Mariconde**, explica que **"el error de hecho no abre jamás la vía de la casación. La Corte no puede corregir un pretendido error sobre el examen y la evaluación de los medios de prueba o sea sobre la comprobación positiva o negativa de los hechos materiales y psíquicos, es materia que resuelve definitivamente el tribunal cognitivo o de sentencia y que a la Corte le está vedada. Su misión es de valoración jurídica"**. El recurso de casación debe respetar los hechos de la causa fijados por el tribunal de juicio, ateniéndose a ellos, dado que el recurso sólo procede sobre la base de la situación de derecho establecida en la sentencia. Es de anotar que, tras el velo societario no se puede crear suspicacias y fraguar delitos que mancillen los derechos garantizados en la Constitución de la República, como es el derecho a la honra.

Lo expuesto lleva a determinar que no existe una indebida aplicación, ni una errónea interpretación de la normativa vigente, sino por el contrario, se ha aplicado la norma jerárquicamente superior, dejando atrás las viejas formas de entender el derecho sustantivo y adjetivo penal, que en épocas pasadas no podía concebir, que en el mismo proceso penal se fije el valor de la indemnización, ya que en la actualidad el Juez puede hacerlo en la misma causa y no en cuaderno separado. Los engorrosos procedimientos del pasado, han impedido a las víctimas, que sean indemnizadas por el delito cometido, tanto más que por esos tecnicismos procesales, se prolongaban las causas y no se solucionan los conflictos oportunamente, ni se recobraba la paz social, que es precisamente el cambio que demanda la sociedad actual.

Como ya ha dejado establecido la ex Corte Suprema de Justicia, las causales de procedencia del Recurso de Casación son opuestas y excluyentes la una con las otras. La casación es un recurso especial que la ley franquea a las