



ESTUDIOS JURÍDICOS 37

CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Hacia su mejor
comprensión y aplicación

Ramiro Ávila Santamaría, compilador

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
Corporación Editora Nacional

CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Hacia su mejor comprensión y aplicación

Cevallos
librería jurídica

▪ Carrión N22-14 y Tamayo
(02) 290 5303 ▪ (02) 2501 532
(02) 600 3566 ▪ (02) 2240 168

SERIE
Estudios Jurídicos

Ramiro Ávila Santamaría
COMPILADOR

R. Ávila, A. Donoso, P. Encalada, J. Ortega, J. Paladines, E. Pazmiño,
A. Román, M. P. Romo, M. P. Romo, N. Salas, D. Salazar, S. Sánchez, C. Storini,
W. Toainga, J. Touma, P. Vivanco, M. Yépez, A. Zambrano, J. Zavala

CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Hacia su mejor comprensión y aplicación

SERIE
ESTUDIOS JURÍDICOS
Volumen 37



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

QUITO, 2015



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

Toledo N22-80
Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador
Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426
www.uasb.edu.ec • uasb@uasb.edu.ec

Ramiro Ávila Santamaría, compilador,
Código Orgánico Integral Penal
Hacia su mejor comprensión y aplicación

Primera edición:

ISBN: Corporación Editora Nacional: 978-9978-84-886-9

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador: 978-9978-19-711-0

Derechos de autor: 046966 • Depósito legal: 005339

Impreso en Ecuador, septiembre de 2015

© **Corporación Editora Nacional**, Roca E9-59 y Tamayo
apartado postal: 17-12-886 • código postal: 170517 • Quito, Ecuador
teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4558, 255 4658 • fax: ext. 12
www.cenlibrosecuador.org • cen@cenlibrosecuador.org

© **Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador**, Toledo N22-80
apartado postal: 17-12-569 • código postal: 170413 • Quito, Ecuador
teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • fax: (593 2) 322 8426
www.uasb.edu.ec • uasb@uasb.edu.ec

Supervisión editorial: Jorge Ortega • Diagramación: Sonia Hidrobo • Corrección de textos: Fernando Balseca • Diseño de cubierta: Raúl Yépez • Impresión: Editorial Ecuador, Santiago Oe2-131 y Versalles, Quito.

La versión original del texto que aparece en este libro fue sometida a un proceso de revisión de pares ciegos, conforme a las normas de publicación de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y de esta editorial.

CONTENIDO

Introducción <i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	7
I. DERECHOS Y PRINCIPIOS GENERALES	9
La constitucionalización de la justicia penal en Ecuador: la experiencia del Código Orgánico Integral Penal <i>Ernesto Pazmiño Granizo</i>	11
El Código Orgánico Integral Penal y su potencial aplicación garantista <i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	21
II. LA INFRACCIÓN PENAL	37
La teoría del delito y el Código Orgánico Integral Penal <i>Alfonso Zambrano Pasquel</i>	39
La imputación objetiva en el Código Orgánico Integral Penal <i>Jorge Zavala Egas</i>	51
Los tipos en blanco y abiertos en el Código Orgánico Integral Penal <i>Arturo J. Donoso Castellón</i>	63
El dolo, la culpa y la teoría del error en el Código Orgánico Integral Penal <i>Pablo Encalada</i>	71
El esquema del delito en el Código Orgánico Integral Penal <i>Nicolás Salas</i>	81

III. LAS INFRACCIONES EN PARTICULAR	91
La libertad de expresión, la protesta pública y el Código Orgánico Integral Penal <i>Daniela Salazar Marín</i>	93
Apuntes para la aplicación del principio de favorabilidad en las personas condenadas por delitos de drogas <i>Jorge Paladines</i>	105
El Código Orgánico Integral Penal y la agenda de los derechos de las mujeres <i>María Paula Romo</i>	121
Delitos de peligro y “delitos” administrativos: la configuración de un derecho penal como <i>prima o sola ratio</i> <i>Claudia Storini</i>	135
El delito imprudente en la mala práctica profesional <i>Álvaro Román Márquez</i>	147
IV. EL PROCEDIMIENTO	161
La víctima en el Código Orgánico Integral Penal <i>Mariana Yépez Andrade</i>	163
El rol del fiscal en el Código Orgánico Integral Penal <i>Wilson Toainga</i>	177
Los procedimientos especiales en un Estado constitucional de derechos y justicia: un desafío para todos <i>Jorge Touma E.</i>	183
Las medidas cautelares en el Código Orgánico Integral Penal <i>Paola Vivanco</i>	195
V. LA EJECUCIÓN	205
Responsabilidad del Estado y garantía normativa y de política pública en materia de ejecución penal <i>Silvana Sánchez Pinto</i>	207
Ejecución penal: Libro tres del Código Orgánico Integral Penal <i>Jorge Ortega</i>	221
Los autores	235

INTRODUCCIÓN

El 10 de febrero de 2014 se publicó en el RO el Código Orgánico Integral Penal, también conocido como COIP. Este código recogió en un solo cuerpo legal lo que tradicionalmente ha sido regulado de forma dispersa: la infracción, el procedimiento y la ejecución penal. El código está, efectivamente, dividido en tres libros que corresponden a estas tres áreas del derecho estrechamente vinculadas.

En el proceso de discusión y aprobación del COIP lastimosamente el debate público se concentró en limitadas instituciones, tales como el aborto o la responsabilidad penal de los médicos. El COIP incorpora instituciones que en nuestra tradición penal han sido desconocidas o poco estudiadas, como la interpretación constitucional del derecho penal, la teoría del bien jurídico, la responsabilidad de las personas jurídicas, la posición de garante, las graves violaciones a los derechos humanos, los crímenes de guerra, el procedimiento abreviado, el agente encubierto, el plan de vida en la ejecución de penas, por mencionar algunas.

La Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, organizó un seminario para intentar abordar la mayor cantidad de instituciones novedosas que están en el COIP. Con la participación de 37 expositores nacionales y extranjeros, del 26 al 30 de mayo de 2014, con exposiciones magistrales y mesas redondas, profesores, legisladores, operadores de justicia, litigantes, hombres y mujeres, reflexionamos sobre el COIP y se resaltaron las novedades, los avances, las potencialidades y también las amenazas a las libertades si su aplicación es meramente punitivista.

Los objetivos del seminario fueron entender las normas penales a la luz de la doctrina contemporánea del derecho penal y contribuir a su mejor aplicación.

Si bien por la extensión no se pudo abordar todas y cada una de las instituciones del COIP, se discutieron las principales innovaciones y preocupaciones. Este seminario fue sin duda una oportunidad única para escuchar a los mejores exponentes ecuatorianos sobre el COIP e introducirnos en el debate sobre el reto de su aplicación.

En el seminario, en reiteradas ocasiones, sus participantes solicitaron la publicación de las ponencias. Esta publicación es el resultado de ese esfuerzo de los

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, LA PROTESTA PÚBLICA Y EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Daniela Salazar Marín

INTRODUCCIÓN: LA PROTESTA SOCIAL EN CONTEXTO

Se conoce como “criminalización de la protesta social” al fenómeno que incluye no solo casos de personas que han sido objeto de una condena penal por haber hecho uso de su derecho a reclamar, sino también de personas que han sido procesadas penalmente por estas acciones, aun cuando sus procesos no siempre culminan en una condena, pues, con frecuencia, los tipos penales que se pretende aplicar son tan desproporcionados que no existe evidencia suficiente para condenar a los manifestantes. Por supuesto que no todo proceso penal iniciado contra un manifestante se considera criminalización, hay delitos que deben ser investigados y sancionados; no obstante, cuando en el marco de una protesta no existan afectaciones a bienes jurídicos como la vida o la integridad personal, las autoridades deberían abstenerse de aplicar el poder punitivo estatal tomando en cuenta que lo que debe prevalecer es el más amplio ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y de reunión de los manifestantes, lo que deja al Estado un marco muy ceñido para justificar una intervención.

No es una novedad que en Ecuador el derecho penal se utilice como una herramienta para silenciar protestas y voces disidentes. De hecho, antes de que asumiera el gobierno de la llamada revolución ciudadana, el abuso de tipos penales para sancionar a manifestantes se había generalizado tanto que la Asamblea Constituyente, entre sus primeras resoluciones a inicios de 2008, otorgó amnistías a cientos de personas procesadas penalmente por haber manifestado su oposición en distintas protestas públicas.¹

1. Asamblea Constituyente. *Amnistía n.º 4: Derechos Humanos Criminalizados*. 14 de marzo de 2008. Disponible en: http://constituyente.asambleanacional.gov.ec/documentos/resolucion_amnistia_derecho_humanos_criminalizados.pdf. La Amnistía benefició a un total de 399 personas implicadas en distintos casos: 5 trabajadores de los Correos del Ecuador, 357 defensores de los recursos naturales y la naturaleza y 37 personas vinculadas al caso Dayuma.

Si bien en el informe que sustentó dichas amnistías la Asamblea Constituyente admitió que se había utilizado a “la justicia como instrumento de persecución a líderes sociales”, y se había recurrido al “hostigamiento por medio de demandas administrativas y denuncias penales [para] encarcelar inmediatamente a líderes y pobladores que presentan la mayor resistencia, tienen liderazgo y gozan de legitimidad en las comunidades o a activistas ambientales, utilizando la figura del delito flagrante, de la institución de la orden judicial, de la prisión preventiva y de la perversa identificación entre los hechos políticos de resistencia con delitos tipificados en el Código Penal...”, lo cierto es que la criminalización de la protesta social continuó y –en algunos casos– se radicalizó con la entrada en vigencia de la Constitución de 2008, que no resultó tan garantista como se pensó.

Cientos de nuevos casos de uso desproporcionado del derecho penal para sancionar –y silenciar– a manifestantes han sido documentados en informes expedidos a lo largo de los últimos años por la CEDHU,² INREDH,³ el PADH,⁴ la Defensoría del Pueblo,⁵ Human Rights Watch⁶ y Amnistía Internacional.⁷ A estos informes se han sumado pronunciamientos a nivel regional, por parte de la CIDH,⁸ y a nivel universal en la ONU: al menos cuatro Relatores Especiales,⁹ el Consejo de

2. CEDHU. Atropellos a los derechos humanos registrados durante el 2013. 10 de diciembre de 2013. Disponible en: <http://cedhu.org/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=253&Itemid=6>.
3. INREDH. Criminalización de la protesta social en tiempos de revolución ciudadana. 9 de mayo de 2011. Disponible en: <http://www.inredh.com/archivos/pdf/criminalizacion_protesta_social.pdf>.
4. PADH. Revista del Programa Andino de Derechos Humanos n.º 30. Criminalización de la protesta social y derechos humanos. Abril 2012. Disponible en: <http://www.uasb.edu.ec/padh_revista.php?cd_centro=5&cd=61>.
5. DPE. Los escenarios de la Criminalización a Defensores de Derechos Humanos y de la Naturaleza en Ecuador: Desafíos para un estado Constitucional de Derechos. 13 de diciembre de 2011. Disponible en: <http://www.inredh.org/archivos/pdf/escenarios_criminalizacion_defensoresydefensoras.pdf>.
6. HRW. Informe Mundial 2014. Capítulo Ecuador. Disponible en: <<http://www.hrw.org/es/world-report/2014/country-chapters/122004>>.
7. AI. “Para Que Nadie Reclame Nada”. Criminalización Del Derecho A La Protesta En Ecuador. 2012. Disponible en: <<http://amnistiainternacional.org/publicaciones/61-para-que-nadie-reclame-nada-criminalizacion-del-derecho-a-la-protesta-en-ecuador.html>>.
8. CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe Anual 2013. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_22_IA_2013_ESP_FINAL_WEB.pdf>.
9. ONU. Mandatos del de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos; del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo; del Relator Especial sobre el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas; y del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. AL G/SO 214 (67-17) Assembly & Association (2010-1) G/SO 214 (107-9) Terrorism (2005-4). ECU 2/2013. 4 de octubre de 2013.

Derechos Humanos¹⁰ y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹¹ han recomendado al gobierno abstenerse de sancionar la protesta pacífica.

En el marco de este complejo escenario, en agosto de 2014 entró en vigencia el nuevo Código Orgánico Integral Penal (COIP), por lo que se vuelve relevante conocer si esta nueva normativa contiene o no salvaguardas suficientes para garantizar el libre ejercicio del derecho a la protesta social.

LA PROTESTA SOCIAL EN EL COIP

En primer lugar debe reconocerse que en el nuevo marco penal ecuatoriano se han multiplicado los tipos penales y se han aumentado las penas, desaparecieron algunos tipos penales que en sí mismos facilitaban la criminalización del derecho a la protesta social, como por ejemplo aquel que sancionaba la realización de manifestaciones sin un permiso previo (artículos 153 y 606) o aquel que sancionaba el cierre de calle (artículo 129). Aun así, todavía se mantienen en el COIP tipos penales que pueden ser utilizados para silenciar a quienes reclaman públicamente.

Por ejemplo, si bien se trata únicamente de una contravención, una persona que “destruya, inutilice o menoscabe los dispositivos de control de tránsito o señalética, o dañe el ornato de la ciudad o la propiedad privada de los ciudadanos con pinturas, gráficos, frases o cualquier otra manifestación, en lugares no autorizados”, además de estar obligado a la reparación de los daños ocasionados, puede ser sancionado con una pena privativa de libertad de hasta cinco días (artículo 393). ¿Será proporcional que una persona pase cinco días privado de libertad por haberse manifestado, por ejemplo, a través de un grafiti? ¿No debería reservarse la pena privativa de libertad para los delitos más graves?

Pero lo que realmente preocupa es la redacción vaga y ambigua de varios de los tipos penales, sobre todo aquellos que se encuentran entre los delitos contra la seguridad pública, que son lo que con más frecuencia se aplican para sancionar a manifestantes. Al respecto, es menester recordar que el principio de legalidad en materia penal no se agota con el hecho de que la norma esté contemplada con rango jerárquico de ley, sino que, además, si esa norma restringe derechos humanos como la libertad de expresión debe satisfacer otras exigencias. En palabras de la Corte Interamericana: “si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. [...] En la elaboración

10. ONU. Consejo de Derechos Humanos. Examen periódico universal. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Ecuador. A/HRC/21/4. 5 de julio de 2012.
11. ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observaciones finales del Comité sobre el tercer informe de Ecuador. E/C.12/ECU/CO/3. 30 de noviembre de 2012.

de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Esto implica una clara definición de la conducta incriminada, la fijación de sus elementos y el deslinde de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. [...] Así, la tipificación de un delito debe formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa, más aún cuando el derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita”.¹² Como veremos a continuación, la redacción del COIP no cumple estas exigencias.

Basta con revisar el artículo 345 del COIP que tipifica el sabotaje para evidenciar que la amplitud de su redacción permitirá que continúe aplicándose para sancionar a quienes ejercen su derecho a la protesta. Según se desprende de las partes pertinentes de este artículo, “la persona que con el fin de trastornar [...] el orden público destruya [...] vías u obras destinadas a la comunicación [...] será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años”. Si bien es importante que se tome en cuenta la finalidad con la que se cometen los actos antes de aplicar la sanción, ¿qué significa “trastornar el orden público”? ¿Será posible llegar a una interpretación unívoca del significado de “trastornar” o de “orden público”? Y ¿cuándo podemos decir que una vía se encuentra “destruida”? ¿Quemar llantas en la carretera –con su consecuente afectación al asfalto– podría equivaler a sabotaje?

Otro ejemplo de una norma que todavía se presta para procesar penalmente a quienes protestan es el tipo penal de terrorismo, incluido en el artículo 366, que en sus más de 480 palabras no llega a definir adecuadamente esta conducta. Una vez más, la parte positiva es que en el texto de esta norma se incluye la finalidad u objetivo que deben tener las personas: provocar o mantener en estado de terror a la población. Sin embargo, la conducta sancionada incluye definiciones tan laxas como “poner en peligro las edificaciones” o “poner en peligro los medios de transporte” siempre y cuando lo haga “valiéndose de medios capaces de causar estragos”. No debo haber causado estragos, debo haber utilizado un medio capaz de causar estragos. Pero lo que a mí puede causarme estragos, probablemente a otra persona no le cause estragos. Y se me ocurren mil formas de poner en peligro un edificio o un bus. ¿Cuál es exactamente la conducta prohibida? El artículo incluye una lista no taxativa de ejemplos que solo ayudan a confundirnos. Así, sería terrorista una persona “que realice actos de violencia que por su naturaleza [...] puedan causar lesiones o constituyan un peligro para la seguridad de los ocupantes de un transporte terrestre”. Puedo pensar en varios actos criminales que ocurren a diario en los buses del país que podrían encajar en esta definición de terrorismo. Con respecto a la aplicación del delito de terrorismo en el contexto de restricciones a la

12. Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C n.º 207. Párr. 55 (citas internas omitidas).

libertad de expresión, los Relatores para la Libertad de Expresión han enfatizado que este “debe limitarse a los crímenes violentos diseñados para promover causas ideológicas, religiosas, políticas o de criminalidad organizada, con el objetivo de ejercer una influencia sobre las autoridades públicas mediante la generación de terror entre la población”.¹³

De manera similar, el artículo 336 que se refiere al delito de rebelión tipifica con una pena privativa de libertad de siete a diez años, entre otros, a quien “impida la reunión de la Asamblea Nacional”. ¿Acaso no podríamos una mañana rodear pacíficamente las instalaciones de la Asamblea e impedir el ingreso de los Asambleístas para protestar sobre normas que hayan aprobado u omitido aprobar? ¿Ese tipo de protesta es rebelión? Esta es sin embargo una de las únicas normas analizadas en este ensayo que incluye un deslinde de los comportamientos no punibles y menciona que solo será aplicable cuando “ello afecte el legítimo derecho a la resistencia”. ¿Podemos deducir de esto que los otros tipos penales analizados son aplicables incluso respecto de personas que ejercen el derecho a la resistencia?

Esto me lleva a analizar uno de los artículos más curiosos del COIP: el que sanciona con pena privativa de libertad de hasta dos años a la persona “que ataque o se resista con violencias o amenazas a los empleados públicos [...] o agentes de la fuerza pública” (artículo 283). Si un policía intenta detenerme mientras ejerzo pacíficamente mi derecho a la protesta, y me resisto forcejeando con él o “amenazándolo” con acusarlo con mis abogados o con mi mamá, ¿podría terminar dos años en la cárcel? La sanción aumenta si la conducta se comete por muchas personas, si las personas están armadas, o si se producen lesiones o muertes, de lo que se deduce que la parte principal del artículo no está dirigida a personas que estén amenazando la vida o integridad de otros, sino a personas que ejerzan su derecho a la resistencia. ¿Acaso no está el derecho a la resistencia¹⁴ contemplado en la Constitución? Algunos dirán que la Constitución se refiere a la resistencia pacífica, mientras que el COIP sanciona la resistencia “con violencias o amenazas”, pero la palabra resistencia, según la definición de la Real Academia de la Lengua, implica una oposición con violencia. La simple renuencia a hacer o a cumplir algo está contenida en la definición de “resistencia pasiva”. Podría deducirse entonces que el derecho cons-

13. Declaración Conjunta sobre Difamación de Religiones y sobre Legislación Anti-terrorista y Anti-extremista del Relator Especial de la ONU para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación, la Relatora Especial de la OEA para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información. Atenas, 9 de diciembre de 2008. En igual sentido, se puede consultar el Informe Anual de la CIDH 2002, Volumen III: Informe Anual de la Relatoría de Libertad de Expresión.

14. Constitución 2008, artículo 98: “Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos”.

titucional a la resistencia garantiza que individuos y colectivos puedan oponerse, incluso con violencia, a los actos y omisiones del poder público o privado frente a cualquier vulneración actual o potencial de derechos constitucionales, como el derecho de reunión o de libre expresión que enmarcan el derecho a la protesta. Una protesta pacífica es por lo general un acto de resistencia a la autoridad, que es lo que sanciona el artículo 283, en contradicción con la Constitución.

El COIP también incluye sanciones privativas de libertad para quien “paralice” o “entorpezca” la “normal prestación de un servicio público” (artículo 346). Si cerramos una calle ¿habremos “entorpecido” el servicio público de transporte y podríamos terminar hasta tres años en prisión? Si un pequeño grupo del servicio de correos realiza una protesta pacífica y deja de prestar “normalmente” el servicio por unas horas para llamar la atención de las autoridades, ¿debe el Estado ejercer su poder punitivo? El mismo artículo sanciona a quien “se tome por fuerza un edificio o instalación pública”. ¿Qué es una instalación pública? ¿Acaso no son nuestras? ¿Podemos o no tomarnos una plaza o un parque o un puente? Hay ciertos lugares públicos que son simbólicos y cuyos espacios debemos reivindicar para nosotros.

En la misma línea, el COIP sanciona con pena privativa de libertad de hasta dos años a “la persona que se introduzca injustificadamente en zonas de seguridad” (artículo 351). Como bien sabemos, suelen designarse como “zonas de seguridad” los alrededores de campos petroleros y otros proyectos extractivos. Si protestamos de manera absolutamente pacífica sin afectar ni a las personas ni a los bienes pero lo hacemos en las inmediaciones de un pozo petrolero o de una mina, ¿mereceremos dos años de privación de libertad?

El problema no es que existan tipos penales como los mencionados, sino que, como se advirtió al inicio, su redacción es amplia. Se trata de tipos penales abiertos y ni siquiera una interpretación restrictiva de los jueces en aplicación de los principios constitucionales permitiría evitar que actos de protesta encajen en la descripción de las conductas prohibidas por el COIP. Así, es previsible que los delitos de terrorismo, sabotaje o invasión de edificios públicos sigan siendo utilizados como instrumentos de represión de actos de protesta legítimos, afectando el derecho a la libertad de expresión.

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL COIP

Si bien hasta ahora me he referido exclusivamente al derecho a la protesta social como un ejercicio colectivo, es posible en el COIP identificar una serie de normas que sancionan manifestaciones individuales de protesta, o que podrían afectar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Empecemos, al igual que en la sección anterior, destacando los aspectos positivos. El COIP eliminó de la normativa penal ecuatoriana varios de los llamados

delitos de desacato que se encontraban vigentes en el Código Penal en contra de los estándares y recomendaciones internacionales sobre la materia. Por ejemplo, los textos de los artículos 230 a 232 del código anterior no fueron retomados en el COIP. La injuria no calumniosa ha sido despenalizada, lo cual es sin duda un avance significativo.

Se mantiene, sin embargo, en el artículo 182, el delito de calumnia, que puede implicar una sanción de hasta dos años de privación de libertad a la persona que “por cualquier medio” realice una “falsa imputación de un delito en contra de otra”. La norma penal no se detiene a considerar los medios por los que se realice la acusación, ni las cuestiones de interés público que puedan estar vinculadas. Así, en el caso de que realicemos una denuncia en Fiscalía para que se investigue a una autoridad por el cometimiento de un delito, por ejemplo, de corrupción, y finalmente esa persona sea declarada inocente porque no se pudo probar lo denunciado, ¿podríamos después terminar en la cárcel por haber insinuado que esa autoridad cometió el delito? La Corte Interamericana ha sostenido que resulta desproporcionado, dada su gravedad, el uso del derecho penal para proteger la honra de servidores públicos frente a las denuncias relacionadas con el ejercicio de sus funciones, formuladas ante las autoridades correspondientes,¹⁵ justamente por el efecto silenciador que este tipo de sanciones pueden tener sobre el debate público y el control ciudadano de la gestión de las autoridades.

También se incluyeron en el COIP varios artículos que afectan el ejercicio periodístico, como aquel que sanciona la revelación de secreto profesional (artículo 179). Con respecto a la revelación de información secreta a la que tengamos acceso, los Relatores para la Libertad de Expresión han señalado que “es responsabilidad exclusiva de las autoridades públicas y sus funcionarios mantener la confidencialidad de la información legítimamente reservada que se encuentre bajo su control. Las otras personas, como los periodistas, integrantes de medios de comunicación o miembros de la sociedad civil que tengan acceso y difundan información reservada por considerarla de interés público, no deben ser sometidas a sanciones por violación del deber de reserva, a menos que hubiesen cometido fraude u otro delito para obtenerla. Los denunciante (*whistleblowers*) que, siendo empleados gubernamentales, divulguen información sobre violaciones del ordenamiento jurídico, casos graves de corrupción, la existencia de una amenaza grave para la salud, la seguridad o el medio ambiente, o violaciones de derechos humanos o del derecho internacional humanitario deberán estar protegidos frente sanciones legales, administrativas o laborales siempre que hayan actuado de buena fe”.¹⁶ La norma del

15. Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C n.º 249. Párrs. 188 a 191.

16. Relator Especial de las Naciones Unidas para la Protección y Promoción del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión y Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión In-

artículo 179 no contempla ninguna de estas circunstancias eximentes o conductas no punibles, y claramente afecta la libertad de expresión.

Otro tipo penal que podría afectar el ejercicio periodístico es el del artículo 180 del COIP que tipifica la difusión de circulación restringida, con una sanción que puede implicar hasta tres años de cárcel. La definición de “información de circulación restringida” incluida en el COIP y en la Ley Orgánica de Comunicación excede la información “reservada”, y, por tanto viola el artículo 18.2 de la Constitución.

Más aún, el COIP sanciona con prisión de seis meses a dos años a quien ejerza la profesión sin título, en aquellas actividades en las que la ley exija título profesional (art. 330). Si esta norma la concatenamos con el artículo 42 de la Ley Orgánica de Comunicación, según la cual ciertas funciones de los medios de comunicación solo pueden ser ejercidas por periodistas “profesionales”, tenemos que no solo se restringe indebidamente el ejercicio del derecho a la libertad de expresión a quienes no tienen título profesional, sino que también pueden enfrentar una sanción de cárcel, todo ello sin haber afectado bien jurídico alguno o sin que se haya concretado un daño a una persona.

También resulta de especial preocupación el artículo 176 que se refiere al delito de “discriminación”. Una vez más, la vaguedad en la redacción de este tipo penal constituye una clara violación al principio de legalidad en materia penal. Estoy convencida de que el Estado debe combatir toda manifestación de racismo, homofobia, sexismo o desprecio de la dignidad humana, tanto en las relaciones particulares como en la prestación de servicios públicos, pero cuidando que la prohibición de la discriminación no implique anular otros derechos, como la libertad de expresión. El Código Penal incluía a la discriminación como un agravante en la comisión de cualquier delito y además, en cumplimiento de compromisos internacionales, sancionaba el delito de odio racial. El COIP avanza hacia la prohibición de todo tipo de discriminación, más allá de la racial, pero la redacción de la norma es preocupante. El artículo sanciona a toda persona que “salvo los casos previstos como políticas de acción afirmativa propague practique o incite a toda distinción, restricción, exclusión o preferencia” en razón de una de las categorías prohibidas de discriminación, “con el objetivo de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad”. Si me niegan un trabajo en razón de mi edad o género, ¿puedo denunciar penalmente a ese emplea-

teramericana de Derechos Humanos. 21 de diciembre de 2010. Declaración Conjunta sobre WikiLeaks. Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=889&IID=2>>. También: Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Protección y Promoción del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión y Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA. 21 de junio de 2013. Declaración conjunta sobre programas de vigilancia y su impacto en la libertad de expresión. Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=926&IID=2>>.

dor, por aplicar prácticas discriminatorias? Si un candidato expresa su oposición al matrimonio igualitario, ¿estará incitando a una distinción? Y si un medio de comunicación “propaga”, difunde o reproduce la opinión de ese candidato, ¿también le puedo aplicar la normativa penal por propagar distinciones o preferencias que menoscaban el goce de los derechos en condiciones de igualdad? Las prácticas discriminatorias están tan arraigadas en nuestra sociedad que aplicar esta norma penal podría equivaler a privar de su libertad a la gran mayoría de la población. Por otro lado, la libertad de expresión protege incluso las opiniones perturbadoras siempre que no exista una relación causal con actos de violencia. El carácter ofensivo de un discurso, por sí solo, no amerita su prohibición. La norma penal no eliminará la discriminación de nuestra sociedad, tan solo silenciará ciertas ideas del debate público.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

1. El COIP, a pesar de sus avances, contiene una serie de normas incompatibles con el marco garantista de la Constitución y con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado ecuatoriano, en particular respecto del derecho a la libertad de expresión.
2. Varios de los artículos del COIP analizados en este artículo atentan contra el principio de legalidad en materia penal, que no se reduce a la legalidad formal, sino que requiere una serie de elementos sustantivos para garantizar una interpretación unívoca de las conductas prohibidas, así como de las conductas no punibles.
3. Si bien el COIP afirma que se busca una mínima intervención penal, de su lectura se deduce que sus normas buscan una máxima intervención por parte del Estado aun en conductas inofensivas, sin tomar en consideración que algunas prohibiciones podrían resultar en restricciones ilegítimas al libre ejercicio de los derechos humanos.
4. La situación anteriormente descrita se agrava por la inclusión de normas procesales que restringen las garantías para la aplicación del procedimiento penal.
5. A esto se suma un discurso intimidatorio e intolerante que mantienen las más altas autoridades del Estado respecto de quienes utilizan medidas de protesta para expresar su descontento con el gobierno, lo que puede incidir en la independencia de la que debe gozar el poder judicial para decidir casos de criminalización de la protesta o de ejercicio de la libertad de expresión.
6. Si bien un juez garantista puede evitar muchos de los peligros identificados en este ensayo, interpretando las normas de la forma más favorable a la persona humana y aplicando directamente los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos –en cumplimiento del artículo 13 del COIP

y 11.3, 76.5, 424, 426 de la Constitución— las posibilidades de que jueces legalistas apliquen de manera aislada las normas penales sin tomar en cuenta su íntima vinculación con el ejercicio de los derechos humanos son, en mi experiencia, altas.

7. El derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades, por lo que no resulta proporcional su aplicación para restringir indebidamente el derecho a la protesta pacífica, a la libertad de reunión y a la libertad de expresión cuando no existan afectaciones a la vida o integridad física de otras personas.

BIBLIOGRAFÍA

- Amnistía Internacional. “Para Que Nadie Reclame Nada”. Criminalización Del Derecho A La Protesta En Ecuador. 2012. Disponible en: <http://amnistiainternacional.org/publicaciones/61-para-que-nadie-reclame-nada-criminalizacion-del-derecho-a-la-protesta-en-ecuador.html>.
- Asamblea Constituyente. *Amnistía* n.º 4: *Derechos Humanos Criminalizados*. 14 de marzo de 2008. Disponible en: http://constituyente.asambleanacional.gov.ec/documentos/resolucion_amnistia_derecho_humanos_criminalizados.pdf.
- CEDHU. Atropellos a los derechos humanos registrados durante el 2013. 10 de diciembre de 2013. Disponible en: http://cedhu.org/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=253&Itemid=6.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C n.º 207.
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe Anual 2013. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_22_IA_2013_ESP_FINAL_WEB.pdf.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C n.º 249.
- Defensoría del Pueblo del Ecuador. Los escenarios de la Criminalización a Defensores de Derechos Humanos y de la Naturaleza en Ecuador: Desafíos para un estado Constitucional de Derechos. 13 de diciembre de 2011. Disponible en: http://www.inredh.org/archivos/pdf/escenarios_criminalizacion_defensoresydefensoras.pdf.
- Human Rights Watch. Informe Mundial 2014. Capítulo Ecuador. Disponible en: <http://www.hrw.org/es/world-report/2014/country-chapters/122004>.
- INREDH. Criminalización de la protesta social en tiempos de revolución ciudadana. 9 de mayo de 2011. Disponible en: http://www.inredh.com/archivos/pdf/criminalizacion_protesta_social.pdf.
- Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observaciones finales del Comité sobre el tercer informe de Ecuador. E/C.12/ECU/CO/3. 30 de noviembre de 2012.
- Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Examen periódico universal. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Ecuador. A/HRC/21/4. 5 de julio de 2012.
- Naciones Unidas. Mandatos de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos; del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo; del Relator Especial sobre el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas; y del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. AL G/SO 214 (67-17) Assembly & Association (2010-1) G/SO 214 (107-9) Terrorism (2005-4). ECU 2/2013. 4 de octubre de 2013.
- Programa Andino de Derechos Humano. Revista del Programa Andino de Derechos Humanos No 30. Criminalización de la protesta social y derechos humanos. Abril 2012. Disponible en: http://www.uasb.edu.ec/padh_revista.php?cd_centro=5&cd=61.
- Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Protección y Promoción del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión y Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA. 21 de junio de 2013. Declaración conjunta sobre programas de vigilancia y su impacto en la libertad de expresión. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=926&IID=2>.
- Relator Especial de las Naciones Unidas para la Protección y Promoción del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión y Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 21 de diciembre de 2010. Declaración Conjunta sobre Wikileaks. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=889&IID=2>.