

El contenido de esta obra es una contribución del autor al repositorio digital de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, por tanto el autor tiene exclusiva responsabilidad sobre el mismo y no necesariamente refleja los puntos de vista de la UASB.

Este trabajo se almacena bajo una licencia de distribución no exclusiva otorgada por el autor al repositorio, y con licencia Creative Commons – Reconocimiento de créditos-No comercial-Sin obras derivadas 3.0 Ecuador



La inconstitucionalidad del desacato y el derecho a la libertad de expresión

**Ramiro Ávila Santamaría
Xavier Flores Aguirre
Agustín Grijalva
Rafael Lugo**

marzo 2012

La inconstitucionalidad del desacato y el derecho a la libertad de expresión

Ramiro Avila Santamaría
Xavier Flores Aguirre
Agustín Grijalva
Rafael Lugo¹

Sumario

I. ¿Qué es el delito de desacato? 1. La definición del delito de desacato. 2. El delito de desacato en el derecho internacional de los derechos humanos. 3. El delito de desacato en el Código Penal ecuatoriano. 4. Características del delito de desacato. 5. Conclusión. II. ¿Cuál es la relación entre libertad de expresión y sociedad democrática? 1. La libertad de expresión y la democracia en la Constitución. 2. La libertad de expresión y su función instrumental para el ejercicio de los derechos a la autonomía individual y a la deliberación colectiva. 3. La libertad de expresión: el *ideal de ciudadano deliberante* y las instituciones necesarias para realizarlo. 4. Conclusiones. III. ¿Son compatibles las leyes de desacato con la libertad de expresión en una sociedad democrática? 1. La solución de antinomias y el principio de proporcionalidad. 2. Conclusión. IV. Bibliografía.

I. ¿Qué es el delito de desacato?

La argumentación jurídica se estructura de la siguiente manera: *primero*, se identifica qué son las leyes de desacato; *segundo*, se describe la relación entre la libertad de expresión y una sociedad democrática; *tercero*, se verifica si el delito de desacato es compatible con el derecho a la libertad de expresión en una sociedad democrática.

1. La definición del delito de desacato

El delito de desacato es la concreción en la legislación penal de una idea premoderna, según la cual, “los órganos del Estado por el simple hecho de serlo, eran merecedores de toda la confianza y el respaldo de la población. De acuerdo con esta visión, los funcionarios públicos deben poder trabajar *tranquilos*, sin perturbadoras exigencias de transparencia o solicitudes de información, *que quitan tiempo, comprometen recursos y poco aportan al progreso de la Patria*”². En general, puede sostenerse que “[I]a noción de las leyes de

¹ Abogados.

² CIDH, *Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión*, 2010, párr. 3. Disponible en: <http://www.cidh.org/pdf%20files/Un%20agenda%20Hemisferica%20espanol.pdf> [Última vista: 6 de junio del 2011]. Las cursivas son del original.

desacato emana del concepto ancestral del derecho divino atribuido a los reyes por el cual el monarca no podía equivocarse”³.

En específico, el delito de desacato suele encontrarse en los códigos penales caracterizado como “delito contra la administración pública” y como una variante entre los atentados que pueden realizarse contra los servidores públicos y que merecen reproche penal. La particularidad del delito de desacato como delito en la categoría de delitos contra la administración pública es que se trata de un delito de opinión, en el que la sola expresión de opiniones que resulten ofensivas o falten el respeto a un servidor público es la razón suficiente para hacer a aquella persona que expresó sus opiniones acreedora del reproche penal.

El desacato, como parte de la categoría de delitos contra la administración pública, sanciona los actos “que impiden o perturban la organización y el desarrollo normal de las actividades de los órganos públicos en el ejercicio de sus funciones”⁴. El bien jurídico que se considera tan valioso como para justificar el reproche penal que se establece en esta categoría de delitos es “el interés del Estado por la organización y el funcionamiento normal de sus órganos públicos en sus diferentes actividades”⁵.

Este interés general que tendría el Estado en la protección del funcionamiento normal de la administración pública es el que se supone que lo legitima a implementar el delito de desacato en su legislación y configurarlo, de manera habitual, como aquel “que se comete insultando, calumniando, injuriando o amenazando a una autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas”⁶.

2. El delito de desacato en el derecho internacional de los derechos humanos

En el derecho internacional de los derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “La Comisión” o “La CIDH”) ha definido que las leyes que establecen el delito de desacato “son una clase de legislación que penaliza la expresión que ofende, insulta o amenaza a un funcionario público en el desempeño de sus funciones oficiales”⁷. La justificación para su existencia es, de manera habitual, “la necesidad de proteger el adecuado funcionamiento de la administración pública”⁸. Esta necesidad de protección especial se debe a que, así, los servidores públicos “quedan en libertad de

³ Comité Mundial para la Libertad de Prensa, *Escondiéndose del pueblo. Cómo las leyes de desacato restringen el escrutinio público de los funcionarios. Qué puede hacerse al respecto*, 2001. Disponible en: <http://www.wpfc.org/site/docs/pdf/Publications/Escondiendose%20del%20Pueblo.pdf> [Última visita: 6 de junio del 2011]

⁴ Silvio Ranieri, *Manual de derecho penal Tomo III*, Bogotá, Editorial Temis, 1975, pág. 233.

⁵ *Ibíd.*, Pág. 234.

⁶ Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires, Heliasta, 1993, Pág. 124.

⁷ CIDH, *Informe sobre compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 1994, Capítulo IV, apartado C. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.V.htm#CAPITULO V>: [Última visita: 6 de junio del 2011]

⁸ *Ibíd.*

desempeñar sus funciones y, por tanto, se permite que el gobierno funcione armónicamente” y porque la crítica de los servidores públicos “puede tener un efecto desestabilizador para el gobierno nacional dado que –según se argumenta- ella se refleja no sólo en el individuo objeto de la crítica, sino en el cargo que ocupa y en la administración a la que presta servicios”⁹. El delito de desacato, según la Comisión, sirve entonces para restringir cierto tipo de expresiones y proteger así, de manera privilegiada, el desempeño de los servidores públicos.

El artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “la Convención” o “la CADH”) contiene los requisitos que deben cumplir las normas que restringen la libertad de expresión para considerarse legítimas y el principio 11 de la Declaración de Principios para la Libertad de Expresión, que es instrumento jurídico idóneo para la interpretación de dicho artículo 13 de la Convención¹⁰, establece que:

“Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como ‘leyes de desacato’ atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información”¹¹

Los órganos internacionales de derechos humanos han recomendado, en varias ocasiones, la derogación de los delitos de desacato¹², así como también la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos¹³. En tiempos recientes, varios

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ “[La Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión] se constituye en un marco de referencia fundamental para el desarrollo de legislación en materia de libertad de expresión y como guía para la interpretación del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Véase CIDH, *Informe de la Relatoría para la libertad de expresión*, 2000, párr. 2. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=136&IID=2> [Última visita: 6 de junio del 2011]

¹¹ CIDH, *Declaración de Principios sobre libertad de expresión*, 2000, Principio 11. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=26&IID=2>

¹² A guisa de ejemplo: “En relación con las normas que sancionan penal o civilmente la expresión, la Relatoría Especial recomienda a los Estados miembros: a. Promover la derogación de las leyes que consagran el desacato, cualquiera sea la forma en la que se presenten, dado que estas normas son contrarias a la Convención Americana y restringen el debate público, elemento esencial del funcionamiento democrático”. Véase CIDH, *Informe anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, 2009, párr. 432. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=794&IID=2> [Última visita: 6 de junio del 2011]

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión ha incluso recomendado al Estado ecuatoriano, de manera específica y reciente, que derogue las leyes de desacato. Véase “Comunicado de prensa **No R32/11**”, “Relatoría Especial para la Libertad de Expresión expresa preocupación por la existencia y el uso de normas penales de desacato contra personas que han expresado críticas contra dignatarios públicos en Ecuador”, disponible en:

<http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=837&IID=2> [Última visita: 6 de junio del 2011]

¹³ Véase **AG/RES. 2434 (XXXVIII-O-08)** y **AG-RES. 2523 (XXXIX-O-09)** de la Asamblea General de la OEA.

Disponibles en:

http://www.oas.org/dil/esp/resoluciones_asamblea_general_38_periodo_sesiones_colombia_junio_2008.htm

y

países de la región han procedido de conformidad con esas recomendaciones: tal ha sido el caso de Argentina, Paraguay, Costa Rica, Perú, Panamá, El Salvador, Honduras y Guatemala¹⁴. Desde el derecho internacional de los derechos humanos el delito de desacato debe considerarse como parte de los “enclaves autoritarios heredados de épocas pasadas de los que es necesario desprenderse”¹⁵.

3. El delito de desacato en el Código Penal ecuatoriano

En el Código Penal ecuatoriano no son extraños esos enclaves autoritarios heredados de épocas pasadas. Esta característica se debe a que el Código Penal del Ecuador del año 1872 es “casi literalmente tomado del de Bélgica” y el nuevo Código Penal que entró en vigor el 1 de abril de 1938 (que lo compusieron los doctores Andrés F. Córdova y Aurelio Aguilar Vásquez) “en puridad es el mismo de antes” porque “la vieja estructura del Belga perdura todavía, con algunas incrustaciones del Código Argentino y del [código italiano] fascista de 1930”. Así, el tratadista Luis Jiménez de Asúa considera que dicho Código “no puede engañar a los conocedores de la materia; es un Código cronológicamente nuevo, que debe figurar entre los antiguos”¹⁶.

El delito de desacato se lo ubica en el Código Penal en el Libro Segundo “De los delitos en particular”, Título III “De los delitos contra la administración pública”, Capítulo I “De la rebelión y atentados contra los funcionarios”. Esta ubicación en el código lo caracteriza como una especie de atentado contra un servidor público, en tanto miembro de esa administración. La protección que el delito de desacato otorga a los servidores públicos es, entonces, una protección penal de privilegio: se protege a los servidores públicos, de manera privilegiada y excluyente, por su único atributo de pertenecer a la administración pública¹⁷.

La doctrina nacional sobre la materia es escasa pero pacífica en entender que la razón de la existencia del delito de desacato en nuestra legislación penal es la protección del funcionamiento armónico de la administración pública. Así, en 1927, Francisco Pérez Borja afirmó que en el delito de desacato “lo que se tiene en cuenta no es la ofensa a la persona, sino el ultraje a la autoridad que se halla en ejercicio de sus funciones o con

http://www.oas.org/dil/esp/resoluciones_asamblea_general_39_periodo_sesiones_honduras_junio_2009.htm, respectivamente. [Última visita: 6 de junio del 2011]

¹⁴ CIDH, *Una agenda hemisférica*, op. cit., párr. 7.

¹⁵ CIDH, *Antecedentes de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, 2000, Principio 11. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=132&IID=2>

¹⁶ Luis Jiménez de Asúa, en Efraín Torres Chávez, *Breves comentarios al Código Penal del Ecuador*, Tomo I, Quito, Editorial Universitaria, 1974, pág. 8-9.

¹⁷ El concepto de administración pública se define en el artículo 225 de la Constitución. La protección que otorga el delito de desacato a los miembros de la administración pública se la considera “privilegiada y excluyente” porque ninguna persona, salvo los servidores públicos que se definen en el 225 constitucional, puede merecerla. Así también, la pertenencia a la administración pública es el “único atributo” que hace que una persona pase a otorgársele esta protección: para todos los efectos, sus atributos personales (puede tratarse de un Flanders o de un canalla) son totalmente irrelevantes.

ocasión de ese ejercicio”¹⁸. Años después, Efraín Torres Chávez diría que en el delito de desacato “[s]e trata, pues, de cuidar el decoro y la posición respetable de los funcionarios públicos enumerados y preservarles de toda ofensa, en razón de su cargo”¹⁹. En un estudio más reciente, Giancarlo Almeida Delgado destacó que la comisión del delito de desacato “pone en riesgo un bien jurídico en que la sociedad es la titular; por decir de otro modo es la comunidad en general la amenazada; la conducta ilícita no lesiona un bien jurídico concreto cuyo titular es una persona determinada, sino el bien jurídico general, cuya titular es la sociedad”²⁰. Ese bien jurídico al que hace referencia Almeida es, precisamente, el funcionamiento armónico de la administración pública²¹.

El delito de desacato protege a todos los servidores públicos, desde el “Presidente de la República o al que ejerza la Función Ejecutiva” (Art. 230) hasta el “Senador o Diputado, Ministro de Estado, Magistrado o Juez, Gobernador o cualquier otro funcionario público que ejerza jurisdicción o autoridad civil o militar” o aunque no la ejerza (Art. 231, en concordancia con el Art. 225).

Las sanciones que establece el delito de desacato varían de acuerdo con el servidor público que se pretende proteger y con la gravedad de los hechos, en los siguientes términos:

A) Para el caso del “Presidente de la República o al que ejerza la Función Ejecutiva”, los hechos ofensivos (en este caso, “amenazas, amagos, injurias”) se sancionan con “seis meses a dos años de prisión” y multa.

B) Para el caso del “Senador o Diputado, Ministro de Estado, Magistrado o Juez, Gobernador o cualquier otro funcionario público que ejerza jurisdicción o autoridad civil o militar” en circunstancias en que “éstos se hallen ejerciendo sus funciones, o por razón de tal ejercicio”, los hechos ofensivos (en este caso, “amenazas, injurias, amagos o violencias”) se sancionan con “prisión de quince días a tres meses” y multa.

C) Para el caso de los funcionarios públicos que no ejerzan jurisdicción o autoridad civil o militar pero que se hallen “ejerciendo sus funciones, o por razón de tal ejercicio”, los hechos ofensivos (en este caso “amenazas, injurias, amagos o violencias”) se sancionan con “prisión de ocho días a un mes”.

¹⁸ Francisco Pérez Borja, *Apuntes para el estudio del Código Penal*, Tomo II, Quito, Tipografía de la Escuela de Artes y Oficios, 1927, pág. 267.

¹⁹ Efraín Torres Chávez, *Breves comentarios al Código Penal del Ecuador*, Tomo II, Quito, Universidad Central del Ecuador, 1978, pág. 350.

²⁰ Giancarlo Almeida Delgado, *El ignorado delito de desacato*, en Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, No 14, Tomo II, 2001, pág. 114. Disponible en:

http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2001/14/14_Ignorado_Delito_de_Desacato.pdf

[Última visita: 6 de junio del 2011]

²¹ *Ibíd.*, Pág. 106.

D) Para el caso de “cualquier tribunal, corporación o funcionario público” en circunstancias en que “se halle en ejercicio de sus funciones”, los hechos ofensivos (“palabras, gestos o actos de desprecio”, o el que se “turbare o interrumpiere el acto” en que se halla el tribunal, corporación o funcionario público) se sancionan con “prisión de ocho días a un mes”.

E) Para el caso de “alguna persona” a quien otro cualquiera “insultare u ofendiere” (tales los hechos ofensivos) se sanciona, a condición de “que se hallare presente y a presencia de los tribunales o de las autoridades públicas”, con “prisión de ocho días a un mes”.

4. Características del delito de desacato

Las características del delito de desacato que resultan relevantes para la presente ensayo son los siguientes:

a) El bien jurídico protegido.- El bien jurídico que se protege en el delito de desacato es el funcionamiento armónico de la administración pública. El delito de desacato busca la protección de una persona en la exclusiva medida en que esa persona se desempeñe como servidor en la administración pública.

El delito de desacato en el Código Penal es una protección contra las ofensas y las faltas de respeto contra los servidores públicos²², así como contra las turbaciones o interrupciones de los actos en que estos se encuentren²³. Que el delito de desacato proteja a servidores públicos de ofensas y de faltas de respeto puede causar confusión e inducir a pensar que lo que se busca proteger es la honra de los servidores públicos, pero esta idea es errónea. La legislación penal protege a los servidores públicos de esas ofensas y faltas de respeto porque busca garantizar el respeto a la administración pública, “mas no el interés respecto a la personalidad individual empleado o funcionario público, pues, dicho funcionario recibe indirectamente una ‘protección refleja’”²⁴. La honra de los servidores públicos, como la de todas las demás personas sometidas a la jurisdicción del Ecuador, se protege con la tipificación del delito de injurias en el Código Penal.

b) Los tipos penales no son estrictos.- El delito de desacato tiene una redacción que no es clara ni precisa. Tanto los tipos penales que expresan las acciones de los sujetos activos (esto es, las “amenazas, amagos e injurias”, las “palabras, gestos o actos de desprecio”, y la “turbación” o “interrupción” del acto) como el resultado de esas acciones (el “ofender” o “faltar el respeto” a los servidores públicos) se los ha redactado en el Código Penal de una manera vaga y ambigua²⁵

²² Art. 230 y 231.

²³ Art. 232 y 233. El caso del artículo 233 debe entenderse como parte de las turbaciones e interrupciones a las que hace referencia el artículo 232.

²⁴ Giancarlo Almeida Delgado, *op. cit.*, pág. 118.

²⁵ Según Zavala Baquerizo: “Es necesario evitar los tipos penales abiertos que, como se sabe, son aquellos en que la conducta descrita en la ley penal no está perfectamente perfilada porque la descripción es vaga o bien

Así, en materia del resultado de esas acciones, de acuerdo con Torres Chávez, el “ofender” significa “tanto hacer daño físico con heridas o maltratos, cuanto moral por medio de injurias de palabras o denuestos. Quiere decir, además, fastidiar o enfadar a otro; hay, por lo mismo, una gama de interpretación dilatada en este artículo [...]”²⁶. El “faltar el respeto” es todavía más amplio, porque constituye “toda injuria en forma de palabras, gestos o actos de desprecio”²⁷. Torres Chávez critica este uso del idioma en el delito de desacato porque “permite entrar al sutil campo de la subjetividad, incompatible con la rigidez amparadora que debe caracterizar a toda ley de esta clase”²⁸.

c) sujeto activo.- El sujeto activo del delito de desacato puede serlo cualquier persona que incurra en alguno de los tipos penales vagos y ambiguos descritos en el literal anterior.

d) sujeto pasivo.- El sujeto pasivo es, necesaria y únicamente, un servidor público. El desempeñarse como servidor público resulta, en consecuencia, *conditio sine qua non* para gozar de esta protección privilegiada que establece la ley penal.

5. Conclusión

Por todo lo antes expuesto, puede concluirse que las normas que regulan el delito de desacato establecen restricciones a las opiniones que se expresen contra los servidores públicos para procurar la protección de la idea premoderna del *funcionamiento armónico de la administración pública*.

II. ¿Cuál es la relación entre libertad de expresión y sociedad democrática?

1. La libertad de expresión y la democracia en la Constitución

La libertad de expresión y la sociedad democrática se vinculan de manera profunda en la Constitución. Dicho vínculo profundo es evidente en los “principios fundamentales” de la Constitución, cuando declara en su artículo 1 que Ecuador es un Estado “democrático” y consagra, en su artículo 3 numeral primero, que uno de los “deberes primordiales” del Estado es “garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales”²⁹. Uno de esos

porque no se delinea claramente la conducta enlazada con la pena” porque “sólo la enunciación concreta de los tipos penales en leyes previamente promulgadas permite la seguridad jurídica y política del ciudadano”. Jorge Zavala Baquerizo, *El debido proceso penal*, Guayaquil, Edino, 2002, pág. 95-96.

²⁶ Torres Chávez, *op. cit.*, Pág. 349.

²⁷ Torres Chávez, *op. cit.*, Pág. 351

²⁸ Torres Chávez, *op. cit.*, Pág. 351.

²⁹ “El marco jurídico del sistema interamericano de protección de los derechos humanos es probablemente el sistema internacional que da mayor alcance y rodea de mejores garantías a la libertad de pensamiento y expresión”. CIDH, *Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la Libertad de Expresión*, 2010. Disponible en: <http://www.cidh.org/pdf%20files/Marco%20Juridico%20Interamericano%20estandares.pdf> [Última visita: 6 de junio del 2011]

derechos establecidos en la Constitución es, precisamente, el derecho a la libertad de expresión, que se consagra de manera específica en su artículo 66 numeral 6.

El derecho a la libertad de expresión se consagra específicamente en el artículo 66 numeral 6, pero existen otras muchas referencias explícitas a la libertad de expresión en el texto constitucional. Así, en los artículos 16, 17, 18, 19 y 20 sobre los derechos a la comunicación e información, en los artículos 21 y 23 sobre el derecho a la cultura y ciencia, en el artículo 39 sobre los derechos de los jóvenes, en el artículo 46 sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes, en el artículo 57 numeral 15 sobre los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, en los artículos 95 y 96 sobre la participación en democracia, en los artículos 377, 378 y 379 numeral 1 sobre el régimen para la cultura y en el artículo 384 sobre el régimen para la comunicación social: en todos estos artículos constitucionales existen referencias a la libertad de expresión. En algunos casos, esas referencias son detalladas y establecen obligaciones precisas para el Estado; en otros, son más escuetas y generales. En conjunto, todas esas referencias confirman la vital importancia que se le concede a la libertad de expresión en la Constitución³⁰.

2. La libertad de expresión y su función instrumental para el ejercicio de los derechos a la autonomía individual y a la deliberación colectiva

El derecho a la libertad de expresión es un derecho que tiene dos dimensiones de igual importancia: una dimensión individual y otra colectiva o social. En razón de la dimensión individual, toda persona tiene el derecho de expresar opiniones e informaciones de toda índole, por cualquier procedimiento a su elección. En razón de la dimensión social, toda persona tiene derecho a conocer las opiniones e informaciones de toda índole de las demás personas y a estar bien informado³¹. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “La Corte Interamericana” o “La Corte IDH”) ha subrayado, desde su primera jurisprudencia contenciosa en materia de libertad de expresión, que “ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión”³².

³⁰ La Corte Constitucional del Ecuador ha destacado el vínculo profundo entre el ejercicio de los derechos fundamentales y la democracia en los siguientes términos: “En el Estado Constitucional, los actores judiciales tienen la obligación de hacer respetar las normas constitucionales sustanciales, las mismas que no son otra cosa que los derechos fundamentales, siendo todos nosotros titulares de aquellos derechos, radicando en esta titularidad la verdadera esencia de la democracia y de la soberanía popular”, en: Corte Constitucional del Ecuador, **SENTENCIA NO 002-09-SAN-CC**, Caso 0005-08-AN.

³¹ “Se ha precisado que para el ciudadano común es tan importante el conocimiento de la opinión ajena o la información de que disponen otras personas, como el derecho a difundir las propias creencias e informaciones. También se ha enfatizado que un determinado acto de expresión implica simultáneamente las dos dimensiones, por lo cual, una limitación del derecho a la libertad de expresión afecta al mismo tiempo el derecho de quien quiere difundir una idea o una información y el derecho de los miembros de la sociedad a conocer esa idea o información”. CIDH, *Una agenda hemisférica ...*, op cit., párr. 15.

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso La Última Tentación de Cristo vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No 73, párr. 67.

El ejercicio de las dos dimensiones de la libertad de expresión cumple una vital función instrumental para el pleno ejercicio de otros dos derechos cuyo respeto, garantía y promoción resultan claves para el desarrollo y el mantenimiento de una sociedad democrática³³. Esos derechos claves son el derecho a la autonomía individual, que se relaciona con la dimensión individual de la libertad de expresión y el derecho a la deliberación colectiva, que se relaciona con la dimensión colectiva o social.

El **derecho a la autonomía individual** es el derecho que tiene toda persona a desarrollar libremente su personalidad siempre que no afecte los derechos de otras personas³⁴. Este derecho, que la Constitución consagra en el artículo 66 numeral 5, es un derecho general de libertad “que garantiza la libertad general de acción humana”³⁵. De este derecho general de libertad ha deducido Robert Alexy importantes consecuencias jurídicas:

“Por una parte, a cada cual le está permitido *prima facie* –es decir, en caso de que no intervengan restricciones- hacer y omitir lo que quiera (norma permisiva). Por otra, cada cual tiene *prima facie*, es decir, en la medida que no intervengan restricciones, un *derecho* frente al Estado de que éste no impida sus acciones u omisiones, es decir, no intervenga en ellas (norma de derechos)”³⁶.

En materia específica de libertad de expresión, de las consecuencias jurídicas que extrajo Alexy se desprende el derecho general de libertad de toda persona a expresar sus opiniones e informaciones como quiera hacerlo. Esto debe implicar la aceptación de las opiniones e informaciones que “ofenden, chocan o inquietan, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población, puesto que así lo exigen los principios de pluralismo y tolerancia propios de las democracias”³⁷. Este derecho general de libertad no implica, por supuesto, que no puedan imponerse restricciones a su ejercicio. Pero para que la imposición de esas restricciones sea legítima, de acuerdo con los estándares del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, debe cumplir con los siguientes requisitos:

³³ CIDH, *Una agenda hemisférica ...*, *op. cit.*, párr. 19. Esta importante función instrumental para el ejercicio de otros derechos que cumple el derecho a la libertad de expresión es la razón por la cual se lo encuentra en el texto de varios otros derechos que reconoce la Constitución ecuatoriana.

³⁴ “Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena. John Rawls en *A Theory of Justice* al sentar los fundamentos de una sociedad justa, constituida por personas libres, formula, en primer lugar, el principio de libertad y lo hace en los siguientes términos: ‘Cada persona debe gozar de un ámbito de libertades tan amplio como sea posible, compatible con un ámbito igual de libertades de cada uno de los demás’. Es decir: que es en función de la libertad de los demás y sólo de ella que se puede restringir mi libertad”. Corte Constitucional de Colombia, **SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD C-221 DE 1994**. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

³⁵ Así lo ha considerado el Tribunal Constitucional Federal alemán en: BVerfGE 6, 32 (36)

³⁶ Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pág. 301.

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No 107. Párr. 113.

“(a) que sea definida en forma precisa y clara por una ley en sentido formal y material; (b) que persiga objetivos autorizados por la Convención; y (c) que sea necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que persigue, estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida e idónea para lograr esos objetivos”³⁸

Los únicos discursos que desde el derecho internacional se prohíben son los de apología de la violencia, propaganda de la guerra, incitación al odio por motivos discriminatorios, incitación pública y directa al genocidio, y pornografía infantil³⁹. Por el contrario, los discursos políticos o sobre asuntos de interés público merecen una protección especial o reforzada “por su importancia crítica para el funcionamiento de la democracia o para el ejercicio de los derechos fundamentales”⁴⁰.

El **derecho a la deliberación colectiva**, que se recoge en los artículos 16 numeral 1, 23 y 95 de la Constitución⁴¹, es el reconocimiento jurídico de la necesidad de confrontar las ideas e informaciones que expresan las personas, porque esa confrontación de ideas e informaciones sirve para fortalecer las opiniones de quienes participan de la misma y provoca un mayor flujo de ideas e información sobre distintos asuntos, principalmente sobre asuntos de interés público⁴². El derecho a la deliberación colectiva es un componente esencial de la democracia, porque el sistema democrático es “el único sistema de gobierno que garantiza el debate crítico de concepciones y medidas políticas, favoreciendo la percepción de sus posibles errores y de los intereses que puedan subyacer en ellas”⁴³. Y mientras más sólidas y mejor fundamentadas opiniones se tengan en una sociedad, mientras mayor flujo de ideas e información circule en ella, se multiplican las posibilidades para detectar los errores y moderar los intereses abusivos que puedan existir en el funcionamiento de un gobierno democrático.

La confrontación de ideas e informaciones en un proceso de deliberación colectiva es indispensable para la formación de una opinión pública comprometida “con el principio de

³⁸ CIDH, *Una agenda hemisférica...*, *op. cit.*, párr. 24.

³⁹ CIDH, *Una agenda hemisférica...*, *op. cit.*, párr. 21.

⁴⁰ CIDH, *Una agenda hemisférica...*, *op. cit.*, párr. 22 y 25.

⁴¹ El derecho a la deliberación colectiva se desprende del derecho a “una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social” (Art. 16 numeral 1), del derecho a “acceder y participar del espacio público como ámbito de deliberación” (Art. 23) y del principio de “deliberación pública” consagrado como principio de la participación política (Art. 95).

⁴² Según el filósofo John Stuart Mill, nunca es bueno suprimir una opinión. Esto es así, según lo explica Roberto Gargarella, “ya sea porque la opinión en cuestión puede ser totalmente verdadera, lo cual torna imprescindible el conocimiento de la misma; ya sea porque la misma es parcialmente verdadera, lo que también hace necesario su conocimiento; o ya sea porque es falsa, dado que la crítica a la misma nos obligará a sostener nuestras convicciones a partir de razones, y no a partir del mero prejuicio o la falta de conocimientos”. Roberto Gargarella, “Constitucionalismo y libertad de expresión”, en Roberto Gargarella (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Tomo II, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 2008, pág. 744.

⁴³ Carlos S. Nino, “¿Qué es la democracia?” en: Carlos S. Nino, *Derecho, Moral y Política*, Barcelona, Gedisa, 2007, pág. 187.

que el debate sobre las cuestiones públicas debería ser desinhibido, robusto y abierto, pudiendo bien incluir ataques vehementes, cáusticos y a veces desagradables sobre el gobierno y los funcionarios públicos”⁴⁴. La formación de este tipo de opinión pública es de trascendental importancia para la democracia porque es una de las maneras a través de las cuales la sociedad puede ejercer control para detectar los errores y moderar los intereses abusivos de sus servidores públicos. La Corte Interamericana ha precisado el propósito y los alcances de este control social:

El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público⁴⁵.

3. La libertad de expresión: el *ideal de ciudadano deliberante* y las instituciones necesarias para realizarlo.

Una sociedad democrática requiere el vigoroso ejercicio de las dos dimensiones de la libertad de expresión. El ejercicio de ambas dimensiones implica la existencia de un *ideal de ciudadano deliberante* en plena capacidad de ejercerlas. Este ideal de ciudadanía democrática, según el informe *Una Agenda Hemisférica para la Libertad de Expresión*, implica:

“un sujeto deliberante, que tiene el valor de servirse de su propia inteligencia y que está dispuesto a discutir con otro las razones que le permiten apoyar una tesis o adoptar una decisión. Se trata de un sujeto racional que valora el proceso comunicativo como una de las mejores maneras de adoptar decisiones adecuadas y que participa, no sólo en las decisiones que lo afectan, sino del control de la gestión pública. Este ideal de ciudadanía está hoy al centro de todas las instituciones políticas y constituye uno de los criterios para evaluar su validez y legitimidad”⁴⁶

⁴⁴ Caso “New York vs. Sullivan”, **376 US 254 (1964)**, cit. en: Gargarella, Roberto (coord.), *op. cit.*, Pág. 745.

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *supra* nota 35. Párr. 127.

⁴⁶ CIDH, *Una agenda hemisférica...*, *op. cit.*, párr. 54. Nótese que este *ideal de ciudadano deliberante* se encuentra en radical oposición al *ideal de ciudadano ejemplar* “propio de los regímenes autoritarios”, que “corresponde a la idea de un sujeto que entrega sus facultades deliberativas y decisorias, al menos en cuanto corresponde a los asuntos públicos, a las instancias estatales. Este sujeto debe agradecer los beneficios del Estado como si fueran dádivas que se dispensan por las gracias de los gobernantes. En este modelo, la crítica política no está necesariamente eliminada, pero sólo se tolera si se trata de aquella que los propios gobernantes catalogan como *constructiva*, es decir, que no cuestiona radicalmente ni la forma de adopción de decisiones, ni las decisiones adoptadas, ni a las personas encargadas de adoptarlas o ejecutarlas. La crítica que se acepta es aquella que no resulta perturbadora, chocante u ofensiva para el poder. En estos regímenes, el Estado suele usar, para castigar, reprimir e inhibir las expresiones que considera inconvenientes, su más poderoso poder coercitivo: el derecho penal”. V. *Ibid.*, Párr. 53. Este *ideal de ciudadano ejemplar* es, precisamente, el que subyace en la premoderna legislación sobre el delito de desacato.

Este *ideal de ciudadano deliberante*, que tiene tanto el interés de expresar libremente sus propias ideas e informaciones así como el de conocer las ideas e informaciones de otros e informarse bien sobre ellas, requiere de una institucionalidad que respete, garantice y promueva su derecho a la libertad de expresión. Una sociedad democrática debe procurar el diseño e implementación de instituciones que permitan y promuevan una deliberación colectiva desinhibida, robusta y abierta sobre los asuntos de interés público.

Las instituciones del derecho penal ocupan un puesto de particular relevancia en un diseño institucional respetuoso del derecho a la libertad de expresión. El uso de la legislación penal para la represión de las expresiones críticas sobre asuntos de interés público desalienta la deliberación colectiva y es contrario, en consecuencia, a los principios básicos de una sociedad democrática. Un diseño de la legislación penal que respete la libertad de expresión debe minimizar las posibilidades de sanción por el ejercicio de este derecho y en los casos de “informaciones u opiniones sobre servidores públicos, fondos públicos o candidatos a ocupar cargos públicos”, no debe existir sanción penal ninguna⁴⁷.

En consecuencia, el delito de desacato no debe incorporarse en una legislación penal que sea respetuosa del derecho a la libertad de expresión. Las razones para la no incorporación del delito de desacato en la legislación penal las explicita el siguiente párrafo del informe *Una Agenda Hemisférica para la Libertad de Expresión*:

“Basta acá con señalar que algunos argumentos que soportan esta tesis se refieren, fundamentalmente, a la importancia de evitar la creación de marcos jurídicos que permitan al Estado adoptar decisiones arbitrarias o desproporcionadas que tengan un efecto general de silenciamiento (“*chilling effect*”). A este argumento se suma la idea de que los funcionarios acceden a sus cargos de manera voluntaria y a sabiendas de que, por el enorme poder que administran, estarán sometidos a un escrutinio mucho más intenso. Esta tesis se sustenta, además, en el hecho de que los funcionarios públicos tienen una mayor capacidad de incidencia en el debate público, no sólo por el respaldo ciudadano y la credibilidad de la cual gozan, sino porque suelen contar con posibilidades reales y efectivas de participación en el proceso de participación de masas que, en general, no tienen los ciudadanos y ciudadanas que no ocupan dichas posiciones. En este sentido, se ha sostenido que las críticas, incluso ofensivas, radicales o perturbadoras, deben recibirse con más y no con menos debate, y que es el ciudadano y no las propias autoridades criticadas, quien debe decidir si una idea o información es merecedora de atención y respeto o si, simplemente, debe ser descartada”⁴⁸.

⁴⁷ CIDH, *Una agenda hemisférica...*, *op. cit.*, párr. 56. En palabras de Roberto Gargarella: “Es muy común que, a la hora de pensar en reproches para quienes han cometido conductas antijurídicas, se recurra inmediatamente al Código Penal. ¿Por qué esto? Hay miles de respuestas jurídicas posibles frente al conflicto, y miles de caminos que puedan recorrerse antes de recurrir a la respuesta penal, que debería ser utilizada por el poder público del modo más restringido posible, y como último recurso”. V. Roberto Gargarella, “El derecho frente a la protesta social”, en Roberto Gargarella, *op. cit.*, pág. 834.

⁴⁸ CIDH, *Una agenda hemisférica...*, *op. cit.*, párr. 58.

4. Conclusiones

Por todo lo antes expuesto, puede concluirse que la libertad de expresión es un componente fundamental de una sociedad democrática que protege de manera especial los discursos políticos o sobre asuntos de interés público, en razón de lo cual toda restricción penal que se imponga a ese tipo de discursos constituye una violación de los derecho a la libertad de expresión, a la autonomía individual y a la deliberación colectiva.

III. ¿Son compatibles las leyes de desacato con la libertad de expresión en una sociedad democrática?

La respuesta a ese problema jurídico requiere de la aplicación de los principios de interpretación constitucional establecidos en la Constitución y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, LOGJCC). Se postulan, a continuación, las siguientes dos interpretaciones constitucionales:

1. La solución de antinomias y el principio de proporcionalidad

La primera interpretación posible es a partir del *principio de aplicación más favorable a los derechos*⁴⁹ en conjunto con la *regla de solución de antinomias*⁵⁰. Esta interpretación debe necesariamente hacerse a favor del derecho a la libertad de expresión porque la restricción que se le ha impuesto es la protección de un bien jurídico que ni siquiera es un derecho⁵¹. La aplicación más favorable a los derechos constitucionales establecidos en los artículos 16.1, 23, 66.5, 66.6 y 95 en los términos expuestos en este ensayo implica necesariamente la contradicción de esas normas jurídicas con el delito de desacato establecido en el Código Penal. La “regla de solución de antinomias” obliga a la aplicación, en caso de contradicción entre normas jurídicas, de la norma “jerárquicamente superior”. En consecuencia, los artículos 230, 231, 232 y 233 del Código Penal deben declararse inconstitucionales.

De no considere pertinente el análisis del apartado anterior, la siguiente interpretación es a partir del *principio de aplicación más favorable a los derechos* en

⁴⁹ Arts. 11 numeral 5 y 427 de la Constitución, Art. 2.1 LOGJCC

⁵⁰ Art. 3.1 LOGJCC.

⁵¹ Según Luigi Ferrajoli, “de las innumerables abstracciones catalogadas en el Código Rocco [Código italiano de 1930, inspiración para el código penal ecuatoriano vigente] como «bienes jurídicos» y como rótulo de otras tantas clases de delitos [entre los que se incluye ‘la administración pública’] nuestro principio de lesividad permite considerar «bienes» sólo a aquellos cuya lesión se concreta en un ataque lesivo a otras personas de carne y hueso.” [...] En la medida en que el estado, en un ordenamiento democrático, no constituye un bien o un valor en cuanto tal”, los delitos de “ultrajes y todos los delitos de opinión” no tienen razón de ser porque “se dirigen a tutelar *privilegios o inmunidades que contradicen los principios de libertad y democracia* y que, más aún, *no constituyen bien alguno para nadie y tanto menos para el ciudadano común*”. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, 2006, pág. 478. El resaltado es nuestro.

conjunto con el *principio de proporcionalidad*⁵². El *principio de aplicación más favorable a los derechos*, en el caso concreto, se lo aplica mediante el siguiente *test* que se deriva del método de interpretación utilizado y del estándar de *estricta legalidad* establecido por la Corte Interamericana⁵³. Este estándar de la Corte Interamericana es relevante para este apartado porque, como lo ha destacado Luigi Ferrajoli, la *estricta legalidad* es “una condición de validez o legitimidad de las leyes vigentes”⁵⁴. En consecuencia: **a)** se verificará que el delito de desacato se ajuste a parámetros de “estricta legalidad”; **b)** se verificará que el delito de desacato proteja un fin constitucionalmente válido. Si el delito de desacato cumple con estos presupuestos, se procederá a verificar su idoneidad, necesidad y debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

a) La sujeción a parámetros de “estricta legalidad”

Los presupuestos de la Corte Interamericana para la estricta legalidad de la restricción establecen que ésta debe hacerse en forma “expresa, precisa, taxativa y previa”⁵⁵. En sus propias palabras:

“La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad.”⁵⁶

⁵² Artículo 3.2 LOGJCC.

⁵³ Esta Corte Constitucional ha declarado que “[e]l juez constitucional debe esforzarse por hallar las interpretaciones que mejor sirvan para la óptima defensa de los derechos fundamentales”, en: Corte Constitucional del Ecuador, **SENTENCIA NO 014-09-SEP-CC**, Caso No 0006-08-EP. En razón de esa obligación de esfuerzo interpretativo es que se incorporar a este análisis un apartado del *test* que la Corte Interamericana aplicó a partir del Caso *Kimel vs. Argentina* para interpretación el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento internacional de directa aplicación de conformidad con los artículos 11 numeral 3 y 426 inciso segundo de la Constitución. El *test* de la Corte Interamericana consiste en una verificación de lo siguiente: “i) Estricta legalidad de la norma que consagra la limitación o restricción (legalidad penal)”; “ii) Idoneidad y finalidad de la restricción; “iii) Necesidad de la medida utilizada”; “iv) Estricta proporcionalidad de la medida” (Véase *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No 177. Párr. 59-94). La verificación adicional que complementa el *test* que se deriva del principio de proporcionalidad establecido en la LOGJCC es el de que la norma que consagra la restricción se ajuste a parámetros de “estricta legalidad”.

⁵⁴ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, Pág. 95.

⁵⁵ Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*, *supra* nota 51. Párr. 63.

⁵⁶ Corte IDH, *Caso Claude Reyes vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No 151. Párr. 89.

La restricción a la libertad de expresión, como se ha sostenido, que se establece mediante el delito de desacato es vaga y ambigua. En consecuencia, la redacción del delito de desacato no satisface los presupuestos del principio de estricta legalidad.

b) La protección de un fin constitucionalmente válido

La verificación del delito de desacato como institución protectora de un fin constitucionalmente válido implica, como ha sostenido el Tribunal Constitucional español, verificar “si el sacrificio que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya también socialmente irrelevantes”⁵⁷. En el caso concreto, implica la interpretación de si proteger el *armónico funcionamiento de la administración pública* es un fin constitucional proscrito o socialmente irrelevante⁵⁸.

Para realizar esa interpretación es necesario considerar los principios rectores de la administración pública que se establecen en el artículo 227 de la Constitución. Esos principios rectores son los de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación. Estos principios rectores de las acciones de todos los servidores públicos deben interpretarse de conformidad con el artículo 226 de la Constitución que establece que los servidores públicos “tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”. El delito de desacato no puede, en razón de sus características (vid. *infra apartado 5.1*) no puede considerarse de ninguna manera que haga efectivo el goce y ejercicio de los derechos constitucionales, en particular, de los derechos a la libertad de expresión, a la autonomía individual y a la deliberación colectiva (vid. *infra apartado 5.2*). En consecuencia, por contradecir a las obligaciones constitucionales de la administración pública, el bien jurídico que protege el delito de desacato debe considerarse un fin constitucional proscrito⁵⁹.

⁵⁷ **STC 55/96.**

⁵⁸ En este sentido, recuerda Prieto Sanchís, este requisito de interpretación “desempeña una función más bien negativa: no impone la consecución de un cierto catálogo de fines, sino que sólo excluye algunos”. Luis Prieto Sanchís, “El juicio de ponderación constitucional”, en Miguel Carbonell (ed.), *El Principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pág. 110.

⁵⁹ Esta interpretación es la que se corresponde para una administración pública en un “Estado constitucional de derechos y justicia”, denominación que “se convierte en el principio constitucional esencial sobre el cual se levanta la organización política y jurídica del Estado. Producto de ello, muchas han sido y deberán ser las modificaciones y efectos que se generen en relación a la idea o concepción tradicional del derecho y de la ciencia jurídica”. Corte Constitucional del Ecuador, **SENTENCIA No 001-10-PJO-CC**, Caso No 0999-09-JP (sentencia de jurisprudencia vinculante). Uno de esas modificaciones es que el derecho debe pensarse siempre en función de un *ciudadano deliberante*, que es el tipo de ciudadano que promueve un “Estado constitucional de derechos y justicia”, que mejor se ajusta a sus instituciones y que requiere de correlativo para su ejercicio a una administración pública garantista y abierta a la deliberación. Esta idea de una administración pública garantista y abierta a la deliberación, obviamente, excluye de sus atributos la protección de su *funcionamiento armónico* mediante el delito de desacato. Un delito que, en adición, es socialmente irrelevante: si alguna vez cumplió una función social fue en una sociedad del siglo XIX (para las

Una última posibilidad interpretativa es la de considerar el *armónico funcionamiento de la administración pública* como un fin válido para proteger el orden público. La protección del orden público es un fin constitucional válido⁶⁰ y una posible restricción legítima a la libertad de expresión de acuerdo con el artículo 13.2 de la Convención. Sin embargo, esta interpretación es inaceptable. De acuerdo con el *Informe sobre la Compatibilidad de las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos* de la Comisión Interamericana:

“Las leyes de desacato, cuando se aplican, tienen efecto directo sobre el debate abierto y riguroso sobre la política pública que el artículo 13 garantiza y que es esencial para la existencia de una sociedad democrática. A este respecto, invocar el concepto de ‘orden público’ para justificar las leyes de desacato se opone directamente a la lógica que sustenta la garantía de la libertad de expresión y pensamiento consagrada en la Convención.

[...]

“De manera que los gobiernos no pueden sencillamente invocar una de las restricciones legítimas de la libertad de expresión, como el mantenimiento del ‘orden público’, como medio para suprimir un ‘derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real’. Si esto ocurre, la restricción aplicada de esa manera no es legítima”⁶¹.

El “orden público” que se buscaría proteger con el delito de desacato implica privar de contenido real el derecho a la libertad de expresión, a la autonomía individual y a la deliberación colectiva.

En consecuencia, la medida restrictiva que se establece en el delito de desacato no satisface ninguno de los requisitos de validez constitucional. Esta conclusión hace innecesario la verificación de su idoneidad, necesidad y debido equilibrio entre protección y restricción constitucional⁶². En consecuencia, los artículos 230, 231, 232 y 233 del Código Penal deben declararse inconstitucionales.

que muchas disposiciones anacrónicas del Código parecen orientarse y no es ilógico en razón de sus orígenes –en la lógica del *ciudadano ejemplar* propia de los regímenes autoritarios (v. nota al pie 44): una lógica radicalmente contraria a la constitucional.

⁶⁰ La protección del orden público es una competencia exclusiva del Estado (Art. 261.1 de la Constitución) y su mantenimiento es una función privativa del Estado y responsabilidad de la Policía Nacional (Art. 158 inciso tercero).

⁶¹ V. CIDH, *Informe sobre compatibilidad...*, *op. cit.*, Capítulo IV.B, IV.C

⁶² La condición de innecesario del delito de desacato es incluso de carácter político. En una entrevista política reciente, el Presidente de la Asamblea Nacional, Arq. Fernando Cordero, ante la pregunta “¿Es favorable a que [...] se dé de baja al desacato?”, respondió: “Sí, he oído hasta el Presidente. Le tengo grabado y escrito. ¿Para qué seguir *con una cosa que es anacrónica?*” (Diario Expreso, 22-V-11). El resaltado es nuestro. Disponible en:

<http://www.expreso.ec/ediciones/2011/05/23/nacional/actualidad/debemos-dejar-las-posturas-de-capricho-y-confrontacion/> [Última visita: 6 de junio del 2011]

2. Conclusión

Por todo lo expuesto en el capítulo precedente debe considerarse el delito de desacato establecido en el Código Penal en sus artículos 230, 231, 232 y 233 contrario a los artículos 16 numeral 1, 23, 66.5, 66.6 y 95 de la Constitución de la República y al artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

IV. Bibliografía

- Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Almeida Delgado, Giancarlo, *El ignorado delito de desacato*, en Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, No 14, Tomo II, 2001
- Cabanelas de Torres, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires, Heliasta, 1993, Pág. 124.
- CIDH, *Antecedentes de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, 2000. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=132&IID=2>
- CIDH, *Declaración de Principios sobre libertad de expresión*, 2000. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=26&IID=2>
- CIDH, *Informe anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, 2009. Disponible en: CIDH, *Informe de la Relatoria para la libertad de expresión*, 2000. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=136&IID=2>
- CIDH, *Informe sobre compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 1994. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.V.htm#CAPITULO V:>
- CIDH, *Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la Libertad de Expresión*, 2010. Disponible en: <http://www.cidh.org/pdf%20files/Marco%20Juridico%20Interamericano%20estandares.pdf>
- CIDH, *Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión*, 2010. Disponible en: <http://www.cidh.org/pdf%20files/Un%20agenda%20Hemisferica%20espanol.pdf>
- Comité Mundial para la Libertad de Prensa, *Escondiéndose del pueblo. Cómo las leyes de desacato restringen el escrutinio público de los funcionarios. Qué puede hacerse al respecto*, 2001. Disponible en: <http://www.wpfc.org/site/docs/pdf/Publications/Escondiendose%20del%20Pueblo.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Claude Reyes vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No 151. Párr. 89.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No 107. Párr. 113.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *supra* nota 35. Párr. 127.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso La Última Tentación de Cristo vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de febrero de 2001.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, 2006.
- Gargarella, Roberto, “Constitucionalismo y libertad de expresión”, en Roberto Gargarella (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Tomo II, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 2008.
- <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=794&IID=2> [Última visita: 6 de junio del 2011]
- Jiménez de Asúa, Luis, en Efraín Torres Chávez, *Breves comentarios al Código Penal del Ecuador*, Tomo I, Quito, Editorial Universitaria, 1974.
- John Rawls, *A Theory of Justice*.
- Nino, Carlos S., “¿Qué es la democracia?” en: Carlos S. Nino, *Derecho, Moral y Política*, Barcelona, Gedisa, 2007.
- Pérez Borja, Francisco, *Apuntes para el estudio del Código Penal*, Tomo II, Quito, Tipografía de la Escuela de Artes y Oficios, 1927.
- Prieto Sanchís, Luis, “El juicio de ponderación constitucional”, en Miguel Carbonell (ed.), *El Principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Ranieri, Silvio, *Manual de derecho penal Tomo III*, Bogotá, Editorial Temis, 1975.
- Torres Chávez, Efraín, *Breves comentarios al Código Penal del Ecuador*, Tomo I, Quito, Editorial Universitaria, 1974.
- Torres Chávez, Efraín, *Breves comentarios al Código Penal del Ecuador*, Tomo II, Quito, Universidad Central del Ecuador, 1978.
- Zavala Baquerizo, Jorge, *El debido proceso penal*, Guayaquil, Edino, 2002.