



Captura Crítica

Direito, Política, Atualidade

EL CASO “SOBORNOS”: UN EJEMPLO ECUATORIANO DE “LAWFARE”

O caso “subornos”: um exemplo equatoriano de “lawfare”

The “bribes” case: an Ecuadorian example of “lawfare”

Eugenio Raúl Zaffaroni 

Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina. E-mail:
eraulzaffaroni@gmail.com.

Artigo recebido em 27/06/2023

Aceito em 10/11/2023

Captura Crítica: direito, política, atualidade. Florianópolis, v. 12, n. 2, p. 33-53, 2023.
e-ISBN: 1984-6096



Este trabalho é licenciado sobre a Creative Commons Attribution 4.0
Este trabajo es licenciado bajo Creative Commons Attribution 4.0
This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0

EL CASO “SOBORNOS”: UN EJEMPLO ECUATORIANO DE “LAWFARE”

Resumen: En el caso que se analiza se observan características que son comunes a casi todos los casos de “lawfare” que de una u otra manera resultan de una manipulación en la selección de los jueces, aquí “interinos”. En cuanto al proceso, se destaca la lesión al principio de congruencia y la utilización contra la sana crítica del testimonio de una “arrepentida”, a la que la defensa no pudo interrogar. También resulta bien manifiesta la utilización arbitraria de conceptos doctrinarios para evitar analizar la prueba respecto de cada uno de los intervinientes, siendo particularmente singular el argumento con el que se pretende asignar al principal procesado el carácter de organizador.

Palabras-clave: Lawfare. Ecuador. Correa.

Resumo: No caso que se analisa, observa-se características que são comuns a quase todos no “lawfare”, que, de uma maneira ou de outra, resultam de uma manipulação na seleção dos juízes, aqui “interinos”. Quanto ao processo, destaca-se a lesão ao princípio da congruência e a utilização contra a sana crítica do testemunho de uma “arrepentida”, a qual a defesa não pôde interrogar. Também resulta bem manifesto a utilização arbitrária de conceitos doutrinários para evitar analisar a prova com relação a cada uma das partes, sendo particularmente singular o argumento com o que se pretende atribuir ao principal processo, o caráter de organizador.

Palavras-chave: Lawfare. Equador. Correa.

Abstract: In the case under analysis, we observe characteristics that are common to almost all cases of "lawfare" that in one way or another result from a manipulation in the selection of judges, here "interim". As for the trial, the injury is highlighted at the beginning of congruence and the use against the sound criticism of the testimony of a "repentant", which the defense could not question. The arbitrary use of doctrinal concepts to avoid analyzing the evidence with respect to each of the participants is also very evident, and the argument with which it is intended to assign the main defendant the character of organizer is particularly singular.

Keywords: Lawfare. Equator. Correa.

1 Pasos a seguir

El presente caso, que involucra al ex-Presidente de Ecuador, Rafael Correa y sus colaboradores, presenta características que llaman la atención, como también el contexto en que tuvo lugar el proceso, su curso posterior y las personas involucradas.

De la atenta lectura de la sentencia, de su precario tratamiento en segunda instancia y del previo contexto, surgen notas que lo van perfilando como un supuesto ejemplar de la práctica regional conocida como *lawfare*, o sea de persecución política de opositores mediante procesos penales. Si bien todos presentan algunos rasgos comunes, cada uno de estos desafortunados episodios de patología judicial que tuvieron lugar en la región ofrece perfiles y obedecen a contextos diferentes, por lo que se hace necesario detenerse en las particularidades

del caso. De cualquier modo, dado que sintetiza los caracteres de teratología judicial que se observan en todos, su análisis es altamente aleccionador para toda la región.

Por razones expositivas, lo haremos primero desde el punto de vista del derecho penal y procesal penal, puesto que ese análisis es el que pondrá de manifiesto las normas que interesan al caso en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* en el sistema continental y en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* en el universal. Tampoco podremos obviar las disposiciones de la *Carta Democrática Interamericana*.

2 Características generales de la sentencia

Ante todo, se trata de una sentencia en extremo voluminosa, como suelen ser todas las que se sospechan de *lawfare*, al parecer para mostrar con la mera extensión que se trata de un trabajo judicial serio, meditado y fundado. La excesiva extensión, además de intimidar al lector, quita transparencia al razonamiento y dificulta la búsqueda de los aspectos esenciales, que deben ser rescatados de cientos de fojas y que hacen a la prueba de los hechos, la atribución razonada en función de la prueba reunida de cada uno de los hechos a cada procesado, la correcta calificación jurídica y el criterio que se sigue en la cuantificación de la pena.

Al igual que en otras sentencias correspondientes a este fenómeno en nuestra región - aunque cabe observar que las hubo incluso mucho más extensas-, la mayor parte de sus fojas la ocupa el relato pormenorizado de todo lo sucedido en el curso del proceso y en las audiencias orales.

La práctica judicial indica que este largo relato no es trabajo personal de los jueces, sino de los empleados administrativos que van tomando nota de lo que sucede en cada paso del proceso, o sea, de lo que dice cada testigo, los documentos que se incorporan, las declaraciones de los testigos y peritos, las alegaciones de los defensores, los incidentes, etc. Es sabido que el uso de la computadora facilita esta labor al permitir trasladar párrafos e intercalar otros, lo que no era posible en los ahora lejanos tiempos de la máquina de escribir manual.

Seguidamente se procede a un análisis de lo que sería el encuadre típico de las conductas imputadas a los procesados, al que nos referiremos más adelante, pero de pronto, sin mucha solución de continuidad, se observa un salto lógico, afirmando que de la voluminosa prueba reunida resulta que los procesados han incurrido en las conductas tipificadas como cohecho con la particularidad que señalaremos en su momento.

3 Insuficiente valoración crítica de las pruebas

Lo cierto es que, ante una multiplicidad de hechos imputados, no se encuentra en esta sentencia la fundamentación razonada de la prueba de cada uno de los que se imputan a cada uno de los condenados, pues se limita a enumerar pruebas y supuestas pruebas en forma abrumadora, pero no se las analiza y valora con la precisión necesaria respecto de cada uno de los condenados.

Así, entre otros elementos, se acumula la prueba de los contratos, como también las que acreditan que los procesados fueron funcionarios públicos, lo que está fuera de discusión y en buena medida son hechos de público y notorio, pero no es posible determinar qué prueban esos elementos respecto de cada hecho atribuido a cada uno de los procesados.

Es de sobra sabido que toda sentencia penal emitida por jueces letrados debe ser fundada, pues no puede responder únicamente a la íntima convicción del juez, como en el caso de los jurados. No basta con remitir a una montaña de documentos desordenadamente acumulados, porque los contratos solo son contratos y los decretos solo son decretos, lo testimonios también son eso, lo que dijeron los testigos. La labor judicial debe fundar razonadamente las razones que llevan a tener por probado cada hecho y sus autores y partícipes, conforme a cierto criterio racional acerca de la autenticidad y confiabilidad de las pruebas.

El criterio racional de valoración de la prueba suele llamarse *sana crítica* y, en verdad, se trata de una materia en que el proceso penal no hace más que formalizar y regular la aplicación del método histórico, o sea, la reconstrucción de un hecho del pasado, conforme a los mismos pasos que debe seguir el historiador: (a) una etapa *heurística* o de admisión de los elementos de prueba que se deben tener en cuenta para emitir el juicio; (b) una etapa de *crítica externa* acerca de la autenticidad de esos elementos; (c) otra de *crítica interna* o de verosimilitud del contenido o de los relatos de los elementos probatorios ya tenidos por auténticos; y, (d) finalmente, una *síntesis o conclusión*.

En la etapa *heurística*, debe hacerse notar que un testigo clave, propuesto por la defensa, no fue convocado, con el argumento de que supuestamente habría sido condenado por los mismos hechos en la justicia brasileña y esa convocatoria violaría el principio *non bis in idem*. Por cierto, en Brasil no había sido condenado por cohechos cometidos en Ecuador y, además, aunque lo hubiese sido, eso no obstaba, con las debidas reservas del caso, e incluso aunque más no fuese a mero título de información, a que fuese escuchado en la audiencia.

En la etapa de crítica externa, no menos significativa es la cuestión del *cuaderno* hallado al parecer detrás de un mueble del domicilio de la señora Pamela Martínez, que aparece escrito en diferentes momentos y con diferentes bolígrafos, según manifiesta el propio perito y, sugestivamente, con el código de barras arrancado, de modo que no se sabe cuándo se puso a la venta. Nadie arranca el código de barras de un cuaderno, al menos que tuviese algún motivo para ocultar el momento de su adquisición o uso.

La explicación de esta señora no resulta demasiado convincente, sino todo lo contrario, en especial cuando manifiesta que lo escribió en un vuelo de pocos minutos y con precisión de cifras que es muy difícil –por no decir imposible– que alguien retenga en su memoria.

No deja de llamar la atención que las notas del *cuaderno* están redactadas en tiempos verbales del presente, aunque la autora manifiesta haberlas escrito conforme a sus recuerdos como hechos pasados. Cabe señalar también que no es este el único caso de *cuadernos* escritos por memoriosos en procesos contra políticos en la región.

En la etapa de *crítica interna* –o sea cuando debe juzgarse la verosimilitud de los dichos– es necesario señalar que la señora Pamela Martínez en ningún momento afirma que el principal condenado le haya ordenado algo diferente a que llevara un registro y no a que ayudara a cometer ningún cohecho.

Por otra parte, esta declaración, clave para la acusación y el tribunal, proviene de una coprocesada *arrepentida*, lo que no permite tomar como ciertos sus dichos con el mismo nivel de credibilidad de un testigo común, puesto que siempre estos están sospechados, siendo natural que, ante la conminación penal, la declarante haga lo posible para mejorar su comprometida situación procesal.

En estos casos, lo que resulta válido como *cooperación eficaz* y debe tomarse en cuenta con relevancia probatoria, no es el contenido mismo de sus dichos, sino las nuevas pruebas que los dichos permiten descubrir y allegar a la causa. Así, no se valora como prueba testimonial inobjetable el dicho de que alguien dio muerte a otro, menos aún si quien lo dice también podría ser autor del hecho, sino la manifestación que revela el lugar donde se ocultó el cadáver cuando, siguiendo esas indicaciones, allí se lo encuentra.

A lo expresado debe agregarse la debida advertencia acerca de la constitucionalidad del llamado *testigo de la corona* del viejo procedimiento inquisitorial del antiguo régimen, fuertemente criticado desde los tiempos del Iluminismo penal de fines del siglo XVIII. A su respecto corresponde siempre observar que lo normal no es que el *arrepentido* lo sea en

realidad, sino que nunca se debe dejar de ponderar que se trata de alguien que procura obtener una ventaja o indulgencia en su comprometida posición procesal.

Por otra parte, en el proceso se negó la posibilidad de que estas coacusadas fuesen sometidas al interrogatorio de las partes, en contra de la regla general que rige el proceso contradictorio, máxime cuando los mencionados elementos que no se sometieron a crítica razonada son en verdad las principales pruebas de cargo en el proceso, sin contar con las contradicciones no aclaradas de la redacción del mencionado *cuaderno* en tiempos verbales diferentes y la poco explicable eliminación del código de barras.

Cabe acotar que, si bien la acusación señala que hubo sobrepuestos en los contratos, esto no pasa de ser una simple manifestación carente de prueba, pues tal extremo no se probó ni tampoco que no se hayan realizado las obras contratadas. La sentencia da a entender que los contratos fueron concedidos arbitrariamente, pero no lo prueba, porque no valora en cada caso las razones que habrían excluido la aplicación del régimen de emergencia, limitándose a tomarlo como prueba de cargo. Al respecto dice:

Asimismo, se ha demostrado que muchos de los contratos adjudicados a empresas involucradas en el entarimado de corrupción, fueron otorgados bajo régimen de emergencia, con base a Decretos Ejecutivos -realizados por el ex Secretario Nacional Jurídico de la Presidencia, Alexis Mera Giler y suscritos por el ex Presidente, Rafael Correa Delgado (Ecuador, 2020).

Todo indica que, según la sentencia, el uso del *régimen de emergencia* sería un indicio de cohecho, pese a que en realidad es un procedimiento administrativo lícito cuando está justificado por una urgencia pública, de modo que lo que la sentencia debió hacer si pretendía valorarlo a los efectos probatorios, era verificar si en esos casos estaba presente el correspondiente presupuesto de urgencia. Sin esta valoración, es decir, sin establecer si se imponía o no ese régimen por una necesidad pública más o menos impostergable, la sentencia deja caer la mera aplicación del régimen como un indicio de cargo, cuando es obvio que no lo es.

Además, de este modo se confunden medidas administrativas que en modo alguno son sobrepuestos y tampoco se sabe si su uso estaba o no justificado, con hechos que no tienen ninguna relación con los contratos y dichos de coprocesados que, en todos los casos, deben ser sometidos a estricto control crítico interno. En medio de todo eso se intercala un recibo de seis mil dólares del principal procesado, que resultó ser un hecho ajeno a cualquier supuesto cohecho, pues no correspondía a fondos públicos ni era un acto de administración.

El definitiva se llega a una síntesis sin recorrer racionalmente las etapas propias de la reconstrucción histórica de los hechos, sin perjuicio del salto lógico señalado antes, por remisión bastante tumultuaria a la enorme cantidad de documentos y declaraciones reunidas en el proceso.

Por lo demás, la sentencia es extremadamente escueta en cuanto a dar respuesta a los planteos de las defensas, a los que muchas veces califica en términos muy generales y en ocasiones los subestima.

4 La tesis de la acusación: autoría mediata por dominio del hecho por aparato organizado de poder

En el caso, la acusación se dedujo por autoría mediata por dominio de organización, que es una teoría creada por Claus Roxin en su obra *Täterschaft und Tatherrschaft* (1967, p. 242-252), aceptada por varios autores alemanes (Jescheck, Schmidhäuser, Samson, Stratenwerth, etc.).

A las formas de autoría mediata en que el determinado actúa mediante coacción o error, conforme a esta teoría se agrega un tercer medio de dominio de la voluntad, que sería el *dominio por fuerza de un aparato organizado de poder*, en base a que los conceptos referidos al hecho individual no serían aplicables cuando se trata de crímenes de Estado, de guerra y de organización. La teoría se aplicó en el caso de Fujimori en Perú, en el de los comandantes de la última dictadura argentina y de los centinelas del muro de Berlín, aunque no estuvo exenta de críticas en especial en este último caso.

Esta forma de autoría mediata, según el autor de la teoría, presupone por lo menos cuatro condiciones: un aparato organizado de poder al margen del derecho; un poder de mando del autor mediato; una estructura criminal en la que los ejecutores sean intercambiables, o sea que si no lo hace uno lo hace igualmente otro; y una disposición particular a cometer los delitos por parte de los intervinientes. Cabe observar que Roxin elaboraba esta tesis al tiempo que se juzgaba a Eichmann en el proceso de Jerusalén.

Frente a la evidente insuficiencia del criterio objetivo estricto de autoría (autor es el que realiza personalmente la conducta típica), como también del subjetivo del *animus auctoris* (autor es quien quiere el hecho como propio), el que predomina actualmente es el llamado del *dominio del hecho* (autor es quien domina el hecho, teniendo el sí y el cómo de este, *Tatherrschaft*, literalmente, *dominus o señor del hecho*), Roxin no considera la forma de autoría

mediata que propugna como contraria a este último concepto de autor, sino como complementaria: no renuncia ni excepciona la idea de *dominio del hecho*, sino que entiende que hay una particular forma de dominio, diferente a las que se toman en cuenta por la doctrina corriente.

Esta tesis siempre nos ha generado dudas, al punto que hace cuarenta años escribimos lo siguiente: *No la suscribimos decididamente, porque creemos que aún está un tanto carente de elaboración* (Zaffaroni, 1982, p. 318). Volveríamos a ratificar esta afirmación, sobre todo por el riesgo de que se la aplique en forma extensiva, lo que al parecer ha sucedido y el propio autor se vio precisado a criticar esas deformaciones de su tesis.

De cualquier modo, esto es irrelevante en este caso, porque la sentencia no siguió la calificación de la acusación, probablemente porque era una evidente exageración considerar a todo un gobierno electo democráticamente como un *aparato organizado de poder*.

5 El delito de “infracción de deber”

La sentencia condena apelando al concepto de *delito de infracción de deber*, tesis que también corresponde a Roxin (1997, p. 283), quien lo considera una subcategoría de los *Sonderdelikten*.

En rigor, no se comprende el uso del concepto de *delito de infracción de deber*, cuando en definitiva se apela a la idea de coautoría en forma expresa: *En el mismo sentido, el profesor alemán Helmut Frister sobre la coautoría señala que los autores no cometen distintos hechos punibles, sino que intervienen en un hecho común, sus aportes deben ser valorados jurídicamente como una acción que se subsume, en su conjunto, en el tipo respectivo. La cuestión de si el aporte individual al hecho fue una condición necesaria del resultado es irrelevante. Los coautores son responsables de un resultado producido en común, incluso si el aporte al hecho de cada individuo puede ser suprimido mentalmente sin que el resultado desaparezca* (esta cita corresponde a Frister, 2011a, p. 539; 2011b, p. 352-353).

Lo cierto es que en la sentencia se apela al concepto de coautoría y al mismo tiempo al de *delito de infracción de deber*, tesis esta última que acoge también Jakobs para extenderla, en cierta consonancia con su propio criterio de imputación objetiva, que es diferente al de Roxin. Este último autor basa la imputación objetiva en el *aumento del riesgo* (*Risikoerhöhungstheorie*), en tanto que Jakobs lo hace en la defraudación del rol, en particular

en estos delitos, pues sostiene que en ellos no se puede distinguir entre tipicidad activa y omisiva, dado que al agente le incumbe el especial deber de cuidado (Jakobs, 1983, p. 183).

De la conjunta invocación de la coautoría y también de la categoría de *delitos de infracción de deber*, pareciera ser que, conforme a la sentencia, deben ser condenados todos como autores, porque al contribuir en alguna forma a la comisión de cohechos, todos habrían violado el deber que les incumbía como funcionarios y, por ende, todos son autores, porque todos habrían –en conjunto– incurrido en esta suerte de omisión común respecto de los particulares deberes hacia la administración pública.

Independientemente de que en la ciencia jurídico penal no hay pontífices infalibles, pues de lo contrario dejaría de ser ciencia para devenir en un conjunto de asertos o dogmas intangibles, no basta importar autores y citarlos sin razonar acerca de la razonabilidad de sus planteos y, menos aún, mezclar corrientes teóricas diferentes.

No podemos olvidar tampoco que esta *omisión de cumplimiento de deber conjunta* podría extenderse a toda clase de deberes (del padre, del cónyuge, del docente, del sacerdote, etc.), con lo que nos acercaríamos a la *lesión al deber* (*Pflichtverletzung*), a la *contrariedad al deber* (*Pflichtwidrigkeit*) y en definitiva a la *infidelidad al derecho* (*Untreue*), conceptos todos de triste memoria.

Es bastante claro que, en el planteo de la sentencia, se aprecia un estrecho vínculo entre esta pirueta doctrinaria y la cuestión de la extrema debilidad de la prueba que señalamos antes. En efecto: al parecer, la sentencia entiende que si basta con verificar que todos grupalmente han incumplido su deber (omitido su deber), no es necesario probar para cada uno de ellos los supuestos hechos de cohecho o con los que habrían contribuido a perfeccionar el supuesto cohecho y, por lo tanto, sería suficiente con la mera remisión a la acumulación tumultuosa de supuestas pruebas.

Bueno es dejar en claro que, más allá de las opiniones doctrinarias con las que podemos disentir o coincidir, tenemos la más absoluta certeza de que ninguno de los autores citados –Roxin, Frister, Jakobs– suscribiría en el plano procesal la invocación de sus tesis para eludir la prueba respecto de la intervención de cada uno de los procesados en el supuesto cohecho cometido *en común*.

Por nuestra parte, insistimos en que la circunstancia de que se pretenda considerarlo un *hecho común*, no exime jurídicamente de la necesidad de probar en qué consistió cada una de las intervenciones, entre otras cosas por la elemental razón lógica de que sin ellas no existiría el *hecho común*, pero también porque de haberlas debe considerarse su magnitud, puesto que

ésta señala la gravedad de cada injusto personal, lo que se reflejaría necesariamente en el grado de reprochabilidad y en la cuantificación de la pena.

En la coautoría, a nadie se le ocurre que en un asalto bancario no haya que probar que un sujeto apuntaba al público del banco, que otro metía en una bolsa el dinero que le entregaba el cajero y que otro esperaba afuera con un automóvil en marcha, puesto que sin la prueba de las tres intervenciones no existiría coautoría de robo a mano armada.

Incluso cuando en los casos en que se excluye el concurso real, debido a que todos los hechos deben ser tratados como un único delito (delito continuado), dado que obedece a una unidad de resolución y a un elemento jurídico que los vincula, esa circunstancia no excluye la necesidad de probar cada uno de los hechos abarcados por la unidad de acción, puesto que sin esos episodios tampoco existiría el delito continuado.

Pero en este caso, la sentencia afirma de modo contundente la responsabilidad de todos, sin particularizar en cada caso la conducta con que contribuiría cada uno de los procesados o, al menos, con buenísima voluntad en la lectura, no la de la mayoría de ellos:

En la presente causa –dice-, se ha probado con suficiencia, tanto en lo documental, como en lo testimonial y pericial, que en la misma Presidencia de la República se montó una estructura de corrupción integrada por funcionarios públicos y privados, dirigida a la recepción de pagos indebidos a cambio de actos antecedentes o subsecuentes que consistían fundamentalmente en la concesión de contratos a las empresas que daban dichos pagos, todo con el cometido final de realizar otros tipos penales, tales como peculado, enriquecimiento ilícito o lavado de activos. En efecto, se ha probado con suficiencia que todos estos pagos eran reportados a un nivel jerárquico superior, conformado tanto por el entonces Presidente de la República, Rafael Correa Delgado, como por el entonces Vicepresidente de la República, Jorge Glas Espinel, quienes, por otra parte, dirigían el sistema de contratación pública en el país (Ecuador, 2020).

Pese a la orfandad probatoria, la sentencia da por cierta la existencia de una *banda* u organización delictiva, de la cual el principal procesado sería el jefe, lo que encuadraría en la disposición del apartado “d” del inciso 2º del artículo 42 (*Quienes ejerzan un poder de mando en la organización delictiva*), por su sola condición de Presidente de la República, función que -al parecer- lo dotaría de *influjo psíquico*, sin que nadie haya dicho que en algún momento recibió dádiva alguna.

En realidad, lo que la sentencia hace es valerse del derecho llamado derecho penal de fondo para suplir la extrema debilidad probatoria y, para eso apela al concepto de delito de infracción de deber, es decir, para tratar todos los hechos conjuntamente como una única omisión y, al mismo tiempo, también al de coautoría, para eludir la prueba de cada intervención personal.

Debe quedar claro que la coautoría se basa en una vieja cuestión de causalidad, correctiva de la *conditio sine qua non*, o sea, cuando se presentan dos contribuciones y ninguna de ellas causa el resultado, sino ambas en conjunto, es decir, que no pueden ser suprimidas mentalmente en forma acumulativa sin que desaparezca el resultado (Frister, 2011b, p. 104).

Es más que obvio que cuando se trata de varias intervenciones que no pueden suprimirse conjuntamente sin que desaparezca el resultado, debe precisarse y probarse en qué consistió cada una de ellas, puesto que de lo contrario no se sabría cuál fue la *causa* del resultado. En el clásico ejemplo de manual, en que dos personas proveen sendas dosis de veneno, cada una de las cuales es insuficiente para producir la muerte, pero en conjunto la producen, se supone que al juzgar a los autores deberá probarse que cada uno proporcionó su dosis aisladamente no mortal.

6 El principio de congruencia

Es obvio que toda condena debe recaer sobre el mismo complejo fáctico que fue materia de la acusación, lo que técnicamente se expresa en el llamado *principio de congruencia*. En este caso todo parece indicar que la acusación y la condena no coinciden exactamente o, al menos, se plantean situaciones de hecho que no se superponen con exactitud.

El tribunal puede cambiar la calificación jurídica que haya hecho la acusación, pero siempre que la nueva no exceda el marco fáctico de la anterior (puede condenar por lesiones en lugar de tentativa), pero lo que no puede hacer es alterar, cambiando o ampliando el supuesto fáctico (condenar por tentativa cuando se acusó por lesiones, puesto que agrega al supuesto fáctico el dolo de matar).

En cuanto al principio de congruencia, en este caso el cambio de calificación es significativo, puesto que la defensa se centró en desbaratar la tesis del supuesto de hecho de existencia de un aparato organizado de poder y no tuvo ocasión de rebatir la imputación en común de una coautoría: una cosa es formar parte de un aparato de poder y otra integrar una *organización delictiva* con poder de mando, montada para obtener sobornos, cuyo jefe sería nada menos que el titular del poder ejecutivo del Estado, quien actuaría por medio de *inducción psíquica*, elemento que se da por cierto sin ninguna prueba.

7 Autoría mediata por instigación

Cuando se escribe un libro, quien lo hace es el autor, quien lo decidió a hacerlo es su inspirador y quien colaboró con el autor es su cooperador. Si bien el artículo 42 incluye en calidad de *autores mediatos* a los instigadores, conceptualmente se trata de dos intervenciones diferentes. El derecho penal toma los conceptos de autoría, instigación y complicidad de la propia realidad y, por cierto, en ese plano se distinguen nítidamente las figuras del autor y del instigador, puesto que el instigador es quien decide a quien actúa con pleno conocimiento y autonomía, en tanto que el determinado por el autor mediato carece de esa autonomía.

Es deber de la doctrina y de los jueces la interpretación racional de la ley, y si la ley ecuatoriana los equipara, teniendo en cuenta que en la realidad son dos conceptos diferentes, lo racional es entender que los equipara a los efectos de la pena, pero no que considera autoría a la instigación.

Su distinción se impone, entre otras cosas, no solo por la siempre sana apelación a lo óntico, sino también por sus diferentes efectos jurídicos, en particular en el caso de la tentativa, que en la autoría mediata comienza cuando el autor comienza a determinar a la persona de que se vale, en tanto que la instigación resulta típica solo cuando el autor determinado inicia la comisión del hecho.

La condena por *autor por instigación* es una contradicción en los términos, puesto que la realidad y las diferentes consecuencias jurídicas exigen que se aclare si se trata de un autor o de un instigador.

8 La cuestión del “doble conforme”

Las cuestiones planteadas en la instancia casatoria han sido tratados suficientemente por Alfonso Zambrano Pasquel (2021, p. 215 y ss.), por lo que nos remitimos a los argumentos allí desarrollados.

Solo nos detenemos en lo dispuesto por el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal (*El recurso de casación es de competencia de la Corte Nacional de Justicia y procederá contra sentencias, cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente*) y, en particular en lo que hace a su segundo párrafo: *No son admisibles los recursos que*

contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba.

Es de toda evidencia que este último párrafo no supera el control de convencionalidad. La *Convención Americana sobre Derechos Humanos* establece una serie de garantías judiciales, entre las que se encuentra la de *doble instancia* o *doble conforme*, en el apartado "h" del numeral 2 del artículo 8º, como también en el art. 14 inc. 5º del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, cuyos textos citaremos más adelante.

Al respecto hace casi dos décadas que la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló:

La Corte ha indicado que el derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer el caso concreto. Agregó también que no basta con la existencia formal de los recursos, sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, Sentencia del 2 de julio de 2004).

Poco importa que en la legislación nacional se limite el conocimiento que tenga la jurisdicción casatoria o que se la califique como *extraordinaria*, pues si el legislador nacional no establece el *doble conforme* para sentencias condenatorias con la amplitud que requiere la ley internacional, es deber de los jueces no hacer incurrir a su Estados, de cuyo gobierno son una rama, en responsabilidad internacional y, por ende, no pueden excluir del recurso las cuestiones de hecho y valoración de la prueba, materia que es vital en cualquier revisión amplia de la sentencia, como la exigida por la Convención, el Pacto y la jurisprudencia internacional regional.

Es sabido que la arbitrariedad de una sentencia no suele radicar tanto en la calificación jurídica de los hechos, como en la valoración de la prueba y en la cuantificación de la pena, por lo que el principio que debe regir es el del *máximo rendimiento del recurso*, o sea, con la única limitación que imponen, de hecho, los actos que no sean reproducibles.

Entendemos que la propia Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la norma que cuestionamos. Razón de más para que, en el actual estado de la causa, en que queda pendiente un recurso extraordinario, una vez resuelto en esa instancia y en caso de resultado desfavorable, quedaría expedita la vía internacional ante el Sistema Interamericano y ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, por la violación del *doble conforme*.

Todo esto sea dicho, sin perjuicio de la llamativa prontitud con que el tribunal resolvió no hacer lugar al recurso.

9 Los jueces no eran los “naturales”

Es de toda evidencia que nos vemos obligados a seleccionar los aspectos jurídicos de la sentencia que consideramos más salientes, pero tampoco es posible pasar por alto el contexto institucional en que tuvo lugar este pronunciamiento. Todo hecho trascendente, como es nada menos que la condena penal a toda la cúpula de un gobierno, responde a un contexto que quien evalúa la decisión del tribunal sentenciador no puede dejar de lado.

Por otra parte, dada la enorme trascendencia del caso, que involucra nada menos que al ahora principal partido opositor, cabría suponer que exige un especial cuidado en evitar irregularidades procesales y constitucionales e internacionales.

El antecedente que hace al contexto del caso, en verdad, se remonta a 2018, cuando el entonces presidente entró en conflicto con el principal condenado en el caso y convocó a una consulta popular en forma irregular, pero que en síntesis habilitó la remoción de funcionarios encargados del proceso de designación de jueces y representantes del ministerio público, lo que alteró gravemente la institucionalidad, pues se habilitó el paso de una democracia plural a una peligrosa expresión de régimen plebiscitario, en lo que sería menester reflexionar si, acaso, no puede considerarse un quiebre de la continuidad constitucional precedente.

Es de lamentar que, en aquel momento, en el sistema continental de derechos humanos no se hayan habilitado las medidas provisionales que hubiesen impedido esa posible ruptura, tal como lo sostuvimos en esa oportunidad en nuestro voto disidente. Esa decisión poco afortunada, entre otras consecuencias negativas, tuvo también las que ahora se reflejan en la presente sentencia del llamado caso *Sobornos*, en particular en lo que hace a la competencia de los jueces que la emitieron y que, por mucho que se quiera obviar esa circunstancia, es claro que no eran los *jueces naturales*, entendiendo por tales los regularmente designados y libres de toda sospecha de parcialidad.

Esta violación del principio del juez *natural* importa, por tanto, la del derecho a ser juzgado por jueces imparciales, que se pone de manifiesta por el hecho de que de los nueve jueces que intervinieron en tres instancias, siete de ellos eran jueces *temporales*, o sea, que habían llegado a esa función en razón directa o indirecta del uso de las atribuciones de remoción

y designación que el ejecutivo del momento había ejercido mediante el mencionado empoderamiento quizá rupturista de 2018.

Insistimos en que, en esa circunstancia, nadie puede pasar por alto que en la sentencia no se condena a cualquier grupo de personas, sino a la plana mayor de un gobierno, incluyendo al presidente, al vicepresidente y ministros y, además, se inhabilita políticamente a todos sus miembros, cuando conforman el principal partido opositor al oficialismo.

No es posible ignorar que, en esta complicada dinámica política ecuatoriana, la sentencia proscribió –o sea, sacó de la escena democrática- a quienes habían pasado a ser los principales dirigentes de la segunda fuerza política del país, claramente opositora al poder ejecutivo que convocó la consulta de 2018, siendo emitida por jueces *temporales* nombrados en función del empoderamiento de ese año.

10 El contexto regional

Quien observe el proceso y la sentencia desde la distancia y siendo totalmente ajeno a la confrontación política local, pero tomando en cuenta otros hechos de condena de gobiernos y dirigentes políticos en la región, no puede evitar la seria sospecha de que se trató de un proceso destinado a neutralizar a la oposición al poder ejecutivo que convocó la consulta, llevada a cabo por jueces que tampoco lo disimularon demasiado en el propio texto de la sentencia, cuando se lo sindicaba como una especie de dictadura en la que el presidente disponía *de un poder total concentrado en sus manos, a manera de un autócrata, esto es, controlando las cinco funciones del Estado ecuatoriano*. No menor muestra de intencionalidad es la de atribuirle poder de *influjo psíquico* sobre sus funcionarios.

El énfasis condenatorio de la sentencia se manifestó también en la exageración de imponer una pena de inhabilitación de veinticinco años, aplicando retroactivamente una ley posterior más gravosa, lo que después fue corregido porque esa grave violación del principio de irretroactividad de la ley penal no solo hacía demasiado evidente la intencionalidad condenatoria, sino que era demasiado grosera desde la perspectiva jurídica.

Acorde con lo antes expresado, desde el punto de vista jurídico, lo primero que se debe resaltar es que la sentencia viola el derecho a ser juzgado por jueces imparciales, porque es claro que se trata de jueces *temporales* nombrados por opositores políticos a los condenados.

II El carácter partidista de la sentencia

Más allá de los aspectos jurídicos señalados y de los que por razones de brevedad omitimos, creemos que la cuestión de los jueces *temporales* da color a toda la sentencia.

En los afortunadamente pasados tiempos de golpes de Estado y de dictaduras de seguridad nacional e incluso en anteriores, eran frecuentes las sentencias que condenaban a gobernantes populares destituidos por la fuerza, como fue el caso del Gral. Perón en la Argentina, condenado por jueces nombrados por las autoridades *de facto* emergentes de un golpe de Estado, que emitieron sentencias que al fin debieron ser materia de solución política por vía de amnistías e indultos.

Ahora los procedimientos han cambiado, puesto que en varios de los países de la región se manipuló políticamente desde los medios de comunicación monopólicos a poderes judiciales y ministerios públicos, para lograr condenas de opositores por supuestos delitos de *corrupción*, en medio de climas de odio y confrontación social, siguiendo la línea trazada por Carl Schmitt en *Der Begriff des Politischen*, al concebir a la política como el arte de elegir al enemigo al que aniquilar, conforme a la polarización *amigo-enemigo* que postulaba el famoso *Kronjurist* del *Dritte Reich*.

Estos fenómenos están siendo materia de análisis con la mencionada designación de *lawfare*, dadas las reiteradas experiencias en nuestra región, incluso como parte de lo que últimamente se está denominando *guerra híbrida*. Son suficientemente ilustrativos los casos del presidente Lula da Silva de Brasil, de la vicepresidenta argentina Cristina Fernández de Kirchner, del ex-vicepresidente argentino Amado Boudou y muchos otros.

El *lawfare* es un procedimiento de persecución a opositores que llevan a cabo políticos en sintonía con los intereses corporativos transnacionales y los medios masivos de comunicación monopólicos de nuestra región, en combinación con algunos jueces, funcionarios de los ministerios públicos y servicios secretos o de inteligencia.

En este caso el origen mediático del proceso es clásico, pues se inicia con un artículo titulado *Odebrecht y otras multinacionales pusieron presidente en el Ecuador*. Luego se lo denominó *arroz verde*, porque un correo enviado por la señora Laura Terán a la señora Pamela Martínez se dice *adjuntamos receta de arroz y receta de arroz verde*, aunque también se lo llamó *Mil hojas*, todo a través de medios de comunicación claramente contrarios al gobierno presidido por el principal acusado y actual cabeza del principal partido opositor.

Como simple ejercicio de entretenimiento, podríamos imaginar una inversión de la misma argumentación de la sentencia que nos ocupa, y considerar que los administradores o propietarios de los medios masivos, los jueces y funcionarios actuantes, los policías secretos y los políticos empoderados, formarían una organización delictiva destinada a perseguir opositores, encabezada por el político más importante al que beneficia la eliminación del perseguido del escenario político. La condición de *delito de violación de deber* y, más todavía la defraudación de roles, no serían difíciles de sostener: los políticos en el gobierno con su deber y rol de preservación de la democracia, los propietarios de medios en el deber y rol de servir a la verdad y ni se diga de los jueces, ministerios públicos y agentes secretos.

Estos son los riesgos de manipular la doctrina extranjera de modo apresurado y tendencioso. Es obvio que lo que se nos ocurre como ejercicio de imaginación no pasaría de ser otro despropósito, pero estas son las consecuencias de ese manejo teórico superficial y confuso, en un momento en que impera la tesis del *amigo-enemigo* como la polarización política sostenida por Carl Schmitt.

Por cierto, aunque hemos estado considerando aspectos jurídicos particulares del contenido de la sentencia y del curso del proceso, nos vemos en la obligación de no caer en ingenuidad y, por ende, debemos confesar que, lamentablemente, no creemos que los argumentos jurídicos hagan mella alguna en la validez futura de la sentencia que, como sentencia abiertamente política, necesariamente en algún momento deberá resolverse en ese mismo terreno.

Si bien lo jurídico en modo alguno es ajeno a la política, porque cada sentencia es un acto político, o sea, un acto de gobierno de la *polis* que, como tal, emerge de un poder del Estado, lo que queremos significar es que cuando se convierte en algo *político partidista*, el remedio corresponde a ese ámbito, como siempre ha sucedido con las condenas que pertenecen a esa categoría.

12 La violación de normas internacionales

Son varias las normas del derecho internacional de los Derechos Humanos que, *prima facie*, se observa que han sido violadas en el caso. Sin pretensión de agotarlas, en primer lugar, no pueden ignorarse las pésimas condiciones de detención a que fue sometido el ex-vicepresidente Glas y que hicieron temer por su vida.

Esta circunstancia deberá ser investigada y sancionada en algún momento futuro, en atención a lo dispuesto por el artículo 5.1 de la Convención Americana (*Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral*), como también por el art. 5.2 de la misma (*Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de su libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*) y al art. 10.1. del Pacto (*Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*).

La particular situación de los jueces *temporales* resulta violatoria del art. 8.1 de la Convención:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ello, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Y del art. 14.1. 1. del Pacto:

Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

La omisión de convocar al principal testigo de descargo y la imposibilidad de interrogar a las principales declarantes de cargo, resulta violatoria del art. 8.2.f de la Convención (*derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos*) y del art. 14. 3. e del Pacto (*A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo*).

La apresurada decisión de la casación, sin una revisión integral de la sentencia, como ya señalamos, es violatoria del art. 8.2.h de la Convención (*derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*) y del art. 14.5 del Pacto (*Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley*).

Además de los dos instrumentos internacionales cuyas disposiciones pertinentes se citan, es necesario tener presente que en este caso se está condenando a la plana mayor del principal partido de oposición, no solo sin el cuidado debido por la trascendencia del caso,

sino con las graves falencias a que nos hemos referido, o sea que esta sentencia priva al pueblo del Ecuador de la posibilidad de votar a los principales líderes del partido opositor.

Entendemos, por consiguiente, que no se pueden soslayar las disposiciones de la *Carta democrática interamericana*, en particular el artículo 1º (*Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla*), en perfecta consonancia con el artículo 3º:

Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.

No se trata, desde la perspectiva de la *Carta*, tanto del derecho de los condenados irregularmente a ejercer su derecho a ser electos, sino *principalmente los del pueblo ecuatoriano a elegir a sus representantes democráticamente*, es decir, a ejercer su soberanía en la forma democrática prescrita por la *Carta*, dado que, en un proceso con los gravísimos defectos señalados, se los ha inhabilitado como candidatos.

Somos perfectamente conscientes de que los tiempos de los organismos de control político de la Organización de las Naciones Unidas y de control jurisdiccional del sistema continental americano, lamentablemente, impiden una solución rápida y oportuna a todos los señalados defectos de este caso.

No obstante, en consideración a la gravedad de las violaciones normativas apuntadas, creemos que de todos modos es aconsejable presentar las correspondientes denuncias ante el *Comité de Derechos Humanos de la ONU* y la *Comisión de Derechos Humanos de la OEA*.

Referencias

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**. 1992.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, Sentencia del 2 de julio de 2004.

ECUADOR. **Código Orgánico Integral Penal**. 2014.

ECUADOR. Sentencia nº. 17721-2019-00029G. 2020.

FRISTER, Helmut. **Derecho Penal**. Parte General. Buenos Aires, 2011a.

FRISTER, Helmut. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. München, 2011b.

JAKOBS, Günther. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Berlin, 1983.

JAKOBS, Günther. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. München, 2011.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta Democrática Interamericana**. 2001.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. **Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)**. 1969.

ROXIN, Claus. **Täterschaft und Tatherschaft**. Hamburgo, 1967.

ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**, Band I. München, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. Buenos Aires: 1982. t. IV.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. **El caso sobornos**. Ocaso del garantismo penal. Murillo Editores, 2021.

Eugenio Raúl Zaffaroni

Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Doctor h. c. múltiple, autor de numerosos trabajos de derecho penal y criminología, entre ellos dos tratados de la parte general de la materia. Fue Director General de ILANUD, Juez de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina (2003-2014) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016-2022). Recibió el Premio Estocolmo de Criminología y el Premio Jescheck de Derecho Penal. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7929-734X>.