



REGISTRO OFICIAL[®]

ÓRGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

Administración del Sr. Lcdo. Lenín Moreno Garcés
Presidente Constitucional de la República

EDICIÓN JURÍDICA

Año I - Nº 150

**Quito, martes 28 de
noviembre de 2017**

ING. HUGO DEL POZO BARREZUETA
DIRECTOR

Quito: Avenida 12 de Octubre
N23-99 y Wilson
Segundo Piso

Oficinas centrales y ventas:
Telf. 3941-800
Exts.: 2301 - 2305

Sucursal Guayaquil:
Av. 9 de Octubre Nº 1616 y Av. Del Ejército
esquina, Edificio del Colegio de Abogados
del Guayas, primer piso. Telf. 252-7107

Suscripción anual:
US\$ 400 + IVA para la ciudad de Quito
US\$ 450 + IVA para el resto del país

Impreso en Editora Nacional

218 páginas

www.registrooficial.gob.ec

**Al servicio del país
desde el 1º de julio de 1895**



**CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA**

SUMARIO:

Págs.

**FUNCIÓN JUDICIAL Y
JUSTICIA INDÍGENA**

RESOLUCIONES:

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

**SALA ESPECIALIZADA DE LO
PENAL, PENAL MILITAR, PENAL
POLICIAL Y TRÁNSITO:**

Oficio No. 00003-2017-CNJ-SPPMPPT-PS

J248-2015-R1566-2016,	J925-2016-R1572-2016,
J1601-2015-R1573-2016,	J0259-2015-R1575-2015,
J0259-2015-R1575-2015,	J1985-2014-R1586-2016,
J0138-2016-R1597-2016,	J157-2015-R1598-2016,
J1350-2015-R1599-2016,	J0478-2015-R1600-2016,
J0978-2015-R1615-2016,	J1225-2014-R1616-2016,
J1538-2014-R1625-2016,	J1577-2015-1650-2016,
J2071-2014-R1652-2016,	J155-2015-R1653-2016

OFICIO No. 00003-2017-CNJ-SPPMPPT-PS
Quito, 14 de Febrero de 2017

Señor Dipl. Ingeniero
Hugo E. Del Pozo Barrezueta
DIRECTOR DEL REGISTRO OFICIAL
En su despacho.-

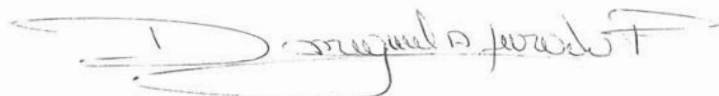
Señor Director:

Me permito remitir a Usted, en físico y digital las sentencias del 2016, dictadas por las Juezas y Conjuezas; Jueces y Conjuezas que integran la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, para que sean publicadas en el Registro Oficial, son las siguientes en detalle:

JUICIO	RESOLUCION
0248-2015-LEV	1566
0925-2016-MJF	1572
1601-2015-JBC	1573
0259-2015	1575
1985-2014-SSI	1586
0138-2016-JBC	1597
0157-2015-SSI	1598
1350-2015-JBC	1599
0478-2016-MJF	1600
0978-2015-GTS	1615
1225-2014-LEV	1616
1538-2014-VRV	1625
1577-2015-SSI	1650
2071-2014-VRV	1652
0155-2015-VRV	1653

Particular que comunico a usted para los fines legales pertinentes.

Muy atentamente.-



DR. MIGUEL JURADO FABARA
PRESIDENTE DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR,
PENAL POLICIAL Y TRANSITO
CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

JUICIO No. 248-2015
RESOLUCION No. 1566-2016
RECURSO: CASACIÓN
PROCESADO: LUDER VINICIO REVELO RODRIGUEZ
DELITO: TRAFICO ILICITO DE SUSTANCIAS

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL,
PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL
Y TRÁNSITO**

LA FISCALÍA CONTRA EL CIUDADANO LUDER VINICIO REVELO RODRIGUEZ

CONJUEZA PONENTE: Dra. Zulema Pachacama Nieto.

San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, 1 de septiembre de 2016, las 09h00.

VISTOS:

1. ANTECEDENTES.

- 1.1.** El Séptimo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, en sentencia de mayoría de 5 de agosto de 2014, las 11h43, declaró a los ciudadanos Alexis Santiago Borja Salinas, Luder Vinicio Revelo Rodríguez, Fernando Patricio Ortega Sandoval; y, Manuel Fernando Bustillos Mena, autores responsables del delito tipificado en el artículo 60 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas, esto es, tráfico ilícito de sustancias sujetas a fiscalización, imponiéndoles pena privativa de libertad de doce años de reclusión mayor extraordinaria, multa de sesenta salarios mínimos vitales generales.

A la ciudadana Carina Elizabeth Zurita Cevallos, cómplice responsable del delito tipificado en el artículo 60 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas, esto es, tráfico ilícito de sustancias sujetas a fiscalización, imponiéndole pena privativa de libertad de ocho años de reclusión menor ordinaria, multa de sesenta salarios mínimos vitales generales; y, la consulta del fallo.

- 1.2.** Los procesados ciudadanos: Alexis Santiago Borja Salinas y Luder Vinicio Revelo Rodríguez, presentaron recursos de nulidad, mientras que, la y los ciudadanos Carina Elizabeth Zurita Cevallos, Alexis Santiago Borja Salinas, Luder Vinicio Revelo Rodríguez, Fernando Patricio Ortega Sandoval; y, Manuel Fernando Bustillos Mena, presentaron recursos, apelaron de la sentencia que, elevada en consulta, la Sala Penal, de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en sentencia de 23 de diciembre de 2014, las 11h21, aceptando los recursos de apelación presentados y absolviendo la consulta, por aplicación del principio de favorabilidad, previsto en el artículo 76.5 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con lo que establecen los artículos 5.2 y 16.2 del Código Orgánico Integral Penal, declaró al ciudadano Luder Vinicio Revelo Rodríguez, autor responsable del delito tipificado en el artículo 220.1.d) del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con el artículo 42.1 ibidem, esto es, tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, imponiéndole pena privativa de libertad de seis años ocho meses.

Con respecto al ciudadano Fernando Patricio Ortega Sandoval, considerando la atenuante trascendental del artículo 46 del Código Orgánico Integral Penal, lo

declaró autor responsable del delito tipificado en el artículo 220.1.d) ibídem, en concordancia con el artículo 42.2 ibídem, esto es, tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, imponiéndole pena privativa de libertad de tres años cuatro meses.

Respecto de la y los ciudadanos Carina Elizabeth Zurita Cevallos, Alexis Santiago Borja Salinas, Manuel Fernando Bustillos Mena, cómplices responsables del delito tipificado en el artículo 220.1.d) ibídem, en concordancia con el artículo 43 ibídem, esto es, tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, imponiéndoles pena privativa de libertad de tres años cuatro meses.

Ratificó para todos los recurrentes, la multa impuesta por el Tribunal del Juicio.

- 1.3.** El sentenciado ciudadano Luder Vinicio Revelo Rodríguez, interpuso recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

2. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Para la audiencia de fundamentación del recurso el Tribunal de Casación estuvo integrado por la doctora Zulema Pachacama Nieto, Conjueza Nacional ponente, por excusa del doctor Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional, el doctor Richard Villagómez Cabezas, Conjuez Nacional, por excusa del doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional; y, el doctor Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional, por ausencia definitiva del doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional.

No se ha impugnado la competencia del Tribunal ni a quienes lo integramos.

3. DEL TRÁMITE

Por la fecha en que se ha presentado el recurso corresponde aplicar la Ley reformativa al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 555, de 24 de marzo de 2009, por lo que se fundamentó el recurso de casación en audiencia oral, pública y de contradictorio.

Se ha seguido el procedimiento pertinente al caso, se declara la validez procesal en tanto no se ha trasgredido ni omitido requisito previsto en la ley, que pueda causar la nulidad de lo actuado.

4. PLANTEAMIENTOS DE LAS PARTES

- 4.1.** El recurrente ciudadano Luder Vinicio Revelo Rodríguez, a través de su defensa técnica, reprochó la sentencia de la Corte de Apelaciones ya que en su criterio:

- i. Indebida aplicación del artículo 42.1 del Código Orgánico Integral Penal; y, errónea interpretación del artículo 4 del Código Penal.
- ii. Contravención expresa del artículo 304-A del Código de procedimiento Penal, existe duda razonable.
- iii. Se han violado los artículos: 61 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; 11.9, 75, 82, 169, 424 y 425 de la Constitución de la República, 123, 143 y 292 del Código de Procedimiento Penal; 32 del Código Orgánico Integral Penal.

Solicitó se case la sentencia, y se ratifique el estado de inocencia del recurrente.

4.2. La delegada de la Fiscalía, contestó:

- i. Según el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal correspondía al recurrente expresar de manera clara, cuáles son las causales de casación, y explicarlas. Solamente ha realizado una enumeración de normas presuntamente violadas, siendo obligación del casacionista de manera técnica, cuáles son esos derechos presuntamente violados.
- ii. El artículo 349 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal, dispone que no se puede volver a valorar las pruebas, puesto que, es función exclusiva de los tribunales de instancia.
- iii. El recurrente, no ha justificado de manera técnica los presupuestos del artículo 349 del Código adjetivo penal.

Solicitó se deseche el recurso.

4.3. Réplica:

“[...]La doctrina es importante en el derecho, doy lectura de Alfonso García Figueroa, Aproximación al neoconstitucionalismo; el neoconstitucionalismo conceptual de Alexi pretende un despliegue de alcance general, pues pretende elevar conclusiones universales sobre concepto de derecho el neo constitucionalismo conceptual de Working tiende a replegarse más bien sobre un contexto particular pues a menudo limita sus propias conclusiones al derecho, en este caso se ha expresado por parte de Fiscalía que la sentencia en primer punto, cumple con ese principio universal con ese axioma jurídico garantizado en el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, con la certeza y que está sancionado como autor directo de 6 a 8 meses, precisamente esa es la norma jurídica que se viola por que la casación expresa los vicios in-procedendo y vicio in-iudicando, en este caso es un vicio in-iudicando, la violación de esta norma legal consecuentemente se adecua a la argumentación de la primera parte del artículo 349. Segundo, se manifiesta y se hace referencia por parte de Fiscalía que este es un recurso técnico y limitado y que no hace referencia a la valoración de la prueba, precisamente en los principios garantizados en los artículos 75, 168 y 1689 de la Constitución, facultan a los señores jueces de primer nivel y los jueces a-quem de la Corte Provincial, por el principio de inmediación apreciar la prueba y valorar la misma, en este sentido lo que se solicita en el recurso de casación es porqué se violó el artículo 42.1, precisamente se tiene que apreciar la prueba que no es lo mismo que valorar, en este caso el artículo 424 de la Constitución inciso tercero, indica ni la falta de ley ni el desconocimiento podrá afectar en este caso al principio pro homine. Luego se manifiesta de que se aplicado el artículo 42.1 y habla de la letra de la ley el Fiscal, en la sentencia consta precisamente la violación legal, la parte valorativa la parte volitiva y la parte crítica de los jueces, precisamente ese es el error que incurren de acuerdo al artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial, lo que nos llevaría péricamente a ese error judicial, porque al hablar de la letra de la ley, eso funcionaba con el principio de legalidad procesal sin embargo el artículo 76 numeral 3 de la Constitución recoge el principio de legalidad procesal penal específicamente la letra de la ley, pero la hermenéutica tenemos que interpretar, ad-homine o pro-homine, Fiscalía ha interpretado ad-homine, es decir en contra del ser humano, en contra de los principios garantizadores, por que la letra de la ley pertenece al sistema netamente positivista. En el otro punto hace referencia Fiscalía que la sentencia se encuentra bien porque son 107 kilos de cocina y que eso no puede quedar en la impunidad, tan sola con la revisión del sustento jurídico se darán cuenta que la prueba practicada mi defendido no compro los tickets el no cambio los tickets, fueron otras personas los cuales no los nombro por no afectar a la otra parte de la defensa, pero consta en la sentencia quienes entregaron el dinero quien fue el jefe de seguridad que hizo pasar las maletas quien atendió a los pasajeros y como viajaron, mi defendido únicamente era el que transportaba el camión de carga el que llevó las

maletas hacia el avión esa fue su única acción en el proceso. Frente a la seguridad nacional están los bienes jurídicos individuales de los que se los conoce como bloque de constitucionalidad donde están las libertades derechos y garantías. [...]” (sic)

4.4. La doctora Viviana Castillo Medina, defensora de los procesado no recurrentes ciudadanos: Manuel Fernando Bustillos Mena y Alexis Santiago Borja Salinas, manifestó:

“[...] Hemos considerado en canto a la defensa que hago por parte de los señores Manuel Fernando Bustillos Mena y Alexis Santiago Borja Salinas, no interponer el recurso de casación por cuanto estamos aceptando la sentencia dada el día lunes 14 de diciembre del 2015 por cuanto en esta misma no se ha vulnerado ningún derecho a mis defendidos, como así también la Corte Provincial dentro de su providencia de fecha 5 de enero del 2016 a las 10h50 recalca que la sentencia de fecha 14 de diciembre dictada por el tribunal se encuentra ejecutoriada por el ministerio de la ley con esta razón ratifico que la sentencia que se dictó e la Corte Provincial la aceptamos totalmente[...]” (sic).

4.5. El doctor Gustavo Ludeña, Defensor Público, en representación de los procesados no recurrentes: ciudadanos Fernando Patricio Ortega Sandoval y Karina Elizabeth Zurita Cevallos, manifestó:

“[...] Comparezco en calidad de Defensor Público en representación de Fernando Patricio Ortega Sandoval y Karina Elizabeth Zurita Cevallos, esto de acuerdo al artículo 191 de la Constitución que faculta la intervención de la Defensoría Pública, en virtud de que los intereses de mis defendidos no se han visto vulnerado en esta audiencia solicito de la manera más comedida se aplique la parte pertinente del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal en esta audiencia[...]” (sic).

5. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

5.1. Sobre la naturaleza del recurso de casación

5.2.1. La Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 1, 11, 66, 75, 76, 77, 81, 82, 167 diseña y desarrolla un Estado constitucional de derechos y justicia, en que el máximo deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos humanos, se garantiza los derechos a la dignidad, a una vida libre de violencia, la igualdad formal y material, a la integridad, a la tutela efectiva, imparcial y expedita, al debido proceso y la motivación, a ser juzgado por un juez competente, a la facultad de impugnar las decisiones judiciales, a la seguridad jurídica de la que una de sus expresiones es la legalidad, en que la potestad de administrar justicia emana del pueblo quien la ejerce a través de los órganos de la Función Judicial y otras autoridades legítimas, y en que el proceso penal es un medio para la realización de la justicia que debe atender a principios fundamentales como la legalidad y la mínima intervención penal, y en que las resoluciones deben estar motivadas.

5.2.2. La ex Corte Constitucional para el Período de Transición, en varias de sus sentencias, definió lo que constituye el debido proceso en un Estado constitucional de derechos y justicia:

5.2.3. Un Estado constitucional de derechos y justicia es aquel en el cual “[...] la persona humana debe ser el objetivo primigenio, donde la misma aplicación e interpretación de la ley sólo sea posible en la medida que esta normativa se

ajuste y no contradiga la Carta Fundamental y la Carta Internacional de los Derechos Humanos [...]”¹.

5.2.4. “[...] En sentido material, el debido proceso es el adelantamiento de las etapas del proceso y el cumplimiento de las distintas actuaciones judiciales, con sujeción a las garantías constitucionales y legales, como límite de la función punitiva del Estado (noción formal más cumplimiento de los fines y derecho constitucionales) [...] Hay debido proceso desde un punto de vista material, si se respeta los fines superiores como la libertad, la dignidad humana, la seguridad jurídica y los derechos constitucionales como la legalidad, la controversia, la celeridad, la publicidad, la prohibición de la reforma in pejus, y el doble procesamiento por el mismo hecho etc”².

5.2.5. La seguridad jurídica es “[...] la garantía constitucional dada a los ciudadanos y ciudadanas por el Estado, de que sus derechos no serán violados; si esto ocurriera, se los protegerá. Es la convicción, la seguridad que tiene el ciudadano y ciudadana de que su situación jurídica no será, de ninguna manera cambiada más que por procedimientos establecidos previamente. Esto quiere decir estar seguros de algo y libre de cuidados [...]”³.

5.2.6. Para que una resolución sea motivada “...se requiere que sea fundamentada, es decir que se enuncien las normas o principios jurídicos en que se basa la decisión...”⁴. Y, posteriormente ha dicho que “La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve, y que nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión...”⁵.

5.2.7. Acerca de sus facultades, la Corte Constitucional (para el Período de Transición) indicó que es intérprete único de la Constitución actual⁶, vigilante del ejercicio pleno de los derechos humanos⁷.

5.2.8. Sobre lo que implica el recurso de casación la Corte Constitucional para el (Período de Transición mantuvo) un criterio amplio, según el cual este recurso permite tanto la revisión de los hechos y del derecho, para así cumplir con la función normofiláctica y garantizadora del derecho subjetivo de las partes en litigio.⁸

¹ Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia 007-09-SEP-CC, caso 0050-08-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 01 de junio de 2009.

² Ecuador Corte Constitucional. Sentencia dictada en el caso 002-08-CN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 1 de junio de 2009.

³ Ecuador Corte Constitucional. Sentencia 008-09-SEP-CC, caso 0103-09-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 1 de junio de 2009.

⁴ Ecuador Corte Constitucional. Sentencia 0144-08-RA, caso 0144-08-RA, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 615 de 18 de junio de 2009.

⁵ Ecuador Corte Constitucional. Sentencia 069-10-SEP-CC, caso 0005-10-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 372, 27 de enero de 2011.

⁶ “... La Corte Constitucional, único intérprete de la actual Constitución, está obligada a interpretar la misma en favor del ejercicio pleno de los derechos fundamentales y de los derechos humanos, como se ha determinado incluso en su propia jurisprudencia...”.

⁷ Sentencia 004-09-SCN-CC, caso 0001-08-AN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 43, de 8 de octubre de 2009.

⁸ En la sentencia 003-09-SEP-CC, caso 0064-08-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 1 de junio de 2009, la Corte indicada, expuso que la doctrina y la jurisprudencia de la casación presentan dos corrientes: Una que circunscribe las actuaciones del tribunal a los aspectos de Derecho. Y, otra que cuestiona aún los hechos:

Ejemplo de esto fue la sentencia 021-12-SEP-CC, dictada en el caso 0419-11-EP en que la Corte mencionada criticó la falta de análisis probatorio⁹.

5.2.9. Luego la Corte, indicó:

“Previamente a analizar el auto que niega el recurso de casación, la Corte debe señalar que este es un recurso previsto para garantizar un mayor grado de profesionalismo, confiabilidad y especialización en la administración de justicia, que persigue la celeridad, a la vez eficiencia y mayor grado de certidumbre jurídica para los ciudadanos, así ha conceptuado la Corte al recurso de casación, cuando ha determinado que el mismo: ‘propende la defensa del derecho objetivo, ius constitutioni, o función normofiláctica, velando por su correcta, general y uniforme aplicación e interpretación, así como la protección y restauración del derecho subjetivo de las partes en litigio (ius litigatoris) cuando los tribunales hubieran aplicado indebidamente el derecho al caso particular sometido a su juzgamiento. El recurso de casación permite enmendar el juicio o agravio inferido a los particulares, con las sentencias de los tribunales de primera instancia, y de apelación o de alzada; entonces, la casación busca lograr varios objetivos como son la uniformidad y generalidad en la aplicación de la ley y doctrina legal en los distintos Tribunales del país, hacer justicia en el caso concreto en que una sentencia hubiere violado el derecho en perjuicio de algún litigante’[...]”.

5.2.10. La (actual) Corte Constitucional, en funciones desde el 6 de noviembre de 2012,¹⁰ abandonó la posición de su antecesora y ha planteado que:

“El caso *sub judice* nace de un Juicio Penal, por lo tanto se remite a los dispuesto en el Código de Procedimiento Penal, en el cual se determina que el recurso de casación será procedente cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, o por indebida aplicación o errónea interpretación. Además el pedido no puede fundarse en volver a valorar la prueba, conforme lo determina el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal de esta forma, se evidencia, una norma que restringe la competencia de los jueces de casación en materia penal, limitándolos únicamente hacia el análisis de la sentencia en referencia a estas tres circunstancias.

“En una interpretación más amplia y circunscrita al recurso de casación en materia penal. Se ha entendido que en la casación no sólo pueden revisarse cuestiones de hechos, sino que se deben revisar éstos; no hacerlo implicaría la violación a la garantía de la doble instancia en el proceso penal, reconocida en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos (por ejemplo: Art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Para sostener esta posición se utiliza la teoría alemana de la *Leistungsfähigkeit* (o agotamiento de las capacidades de revisión, que sostiene que un tribunal de casación debe revisar todo lo que le sea posible, quedando solamente excluidas las cuestiones directamente relacionadas al principio de inmediación.”

⁹ Sentencia en la cual luego de valorar las pruebas documentales, testimoniales, periciales, la ex Corte Constitucional para el periodo de Transición, dijo: “El artículo 304-A (304 numeral 1) del Código de Procedimiento Penal reformado señala en la parte pertinente: “La sentencia debe ser motivada y concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado; en el primer caso, cuando el Tribunal de Garantías Penales tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo; y en el segundo caso, si no se hubiere comprobado la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o cuando existiere duda sobre tales hechos”.

En la especie, si bien está acreditado el accidente de tránsito y que el vehículo causante del mismo estaba conducido por el procesado Iván Gonzalo Ubidia Mejía, que fue detenido, no se ha logrado acreditar cómo se produjo el mismo: si fue a consecuencia de la explosión de la llanta o la misma explotó a causa del atropellamiento, ya que no hubo testigo presencial del hecho, y al momento de practicar la pericia en el lugar de los hechos no se encontraron huellas.”

¹⁰ Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia No. 001-13-SEP-CC, dictada en el caso No.1647-11-EP, 6 de febrero de 2013, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 904, de 4 de marzo de 2013,

Por lo tanto, al momento de resolver el recurso se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que los jueces tengan competencia para analizar temas de mera legalidad, que ya fueron resueltos y discutidos en las instancias inferiores, como por ejemplo el análisis de informes periciales, o la procedencia y valoración de pruebas, ya que si esto fuera así se desconocería la independencia interna de los jueces y tribunales de garantías penales garantizada en la Constitución de la República en el artículo 168 numeral 1 que reza: *“Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley”* y específicamente prevista en el Código de Procedimiento Penal en los artículos 28 y 29 en los que se les dota de la atribución de llevar acabo la sustanciación del juicio...

Ya en la etapa de impugnación, dentro de la cual, de ser el caso, se presente un recurso de casación, se debe analizar la violación de la ley dentro de la sentencia, más no otros asuntos cuya competencia como ya se dijo radica en los jueces de garantías penales [...]”

Disponiendo que tal sentencia sea llevada a la Fiscalía y al Consejo de la Judicatura, para los fines pertinentes. Esta posición fue ratificada en sentencia No. 001-13-SEP-CC del caso No. 1647-11-EP, de la Corte Constitucional.¹¹

Corresponde al Tribunal de Casación analizar únicamente la sentencia que surte efectos jurídicos, a fin de determinar si se encuentra o no inmersa en lo establecido en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, esto es que al expedirla se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación, lo que implica garantizar sobre todo la legalidad y por tanto la seguridad jurídica. Se considera, entonces, que este Tribunal no valorará la prueba, ni revisará las actuaciones judiciales que constituyan parte de las distintas instancias¹².

6. SOBRE LA MATERIA DEL RECURSO

La solicitud principal del recurrente, en ejercicio de su facultad a impugnar las resoluciones es, porque piensa:

- a. La sentencia del Tribunal de Apelaciones trasgrede los artículos: 61 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; 11.9, 75, 82, 169, 424 y 425 de la Constitución de la República, 123, 143 y 292 del Código de Procedimiento Penal; 32 del Código Orgánico Integral Penal.
- b. Indebida aplicación del artículo 42.1 del Código Orgánico Integral Penal; y, errónea interpretación del artículo 4 del Código Penal.
- c. Contravención expresa del artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, existe duda razonable.

6.1. Antecedentes que conoció el Tribunal de Apelaciones

¹¹ La Corte Constitucional: “En este sentido, los jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia actuaron sin competencia, al haber valorado la prueba presentada dentro del Juicio Penal N.° 137-KV- 2008, atentando contra la naturaleza y esencia del recurso de casación y contra la independencia judicial consagrada en el artículo 168 de la Constitución de la República

Por lo expuesto, la valoración de la prueba dentro de la resolución del recurso de casación, vulneró el derecho constitucional al debido proceso, consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República, por cuanto, desnaturalizaron el recurso de casación inobservado las garantías básicas de este derecho.”

¹² Actividad que se venía realizando al amparo del criterio anterior.

La Fiscalía, sobre la actividad policial cumplida, presentó la siguiente teoría del caso: “[...]el día 13 de diciembre de 2012 se inició la investigación cuando llegaron a Miami 107 kilos de cocaína, provenientes del Aeropuerto Internacional Quito de la aerolínea LAN Ecuador, esta sustancia ha sido encontrada en tres maletas con las etiquetas que pertenecían a una ciudadana americana con doble nacionalidad ecuatoriana americana, quien ha ido a retirar las tres maletas, quedándose luego en el aeropuerto, ese era el modus operandi para hacer llegar la droga a Miami, los días 12 y 13 de diciembre, Carina Zurita atendió al ruso para que tome el vuelo y los entregue las maletas, para ello realiza una doble etiquetación, tres las pone en las maletas del ruso y tres a las maletas contaminadas, el señor Fernando Ortega como empleado de seguridad de LAN ingresa al counter lleva las taquillas y traslada a un patio posterior para hacer control de sustancias, revisa, verifica y las guarda, Ortega entregó las etiquetas para que sean puestas en las maletas que estaban en los patios de vuelos internacionales y son las mismas que se presentaron como evidencia, en la versión inicial se habría desentrañado una red entre los acusados, así llegaron a Miami las tres maletas, tramitadas por Zurita y la actuación de Borja, Revelo y Bustillos.[...]’ [...]” (sic)

Ha sostenido la acusación fiscal que el procesado participó en el hecho juzgado, ha contradicho el recurrente, que existe violación de normas legales, constitucionales y de orden internacional de derechos humanos además “señalar desconocimiento en el transporte y cumplimiento de su función”; a más de que sostiene existe indebida aplicación y contravención expresa de una misma norma.

El considerando octavo de la sentencia del Tribunal de Apelaciones, del análisis de la prueba, actividad que le corresponde realizar, expone:

“[...] OCTAVO.- [...] ANÁLISIS DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN Y DE LA SENTENCIA CONSULTADA.- [...] 8.4 ANÁLISIS DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN Y DE LA SENTENCIA CONSULTADA.- El argumento central del recurso de apelación expuesto por los recurrentes Alexis Borja y Manuel Bustillos, es que los días 12 y 13 de diciembre de 2012, que se ejecutaron los hechos materia de este juicio, tráfico ilícito de 107 kilos de clorhidrato de cocaína, tipificado y sancionado en el artículo 60 de la Ley de Sustancias Estupefacentes y Sicotrópicas, no estuvieron trabajando en el aeropuerto Mariscal Sucre, lugar y fecha en que se enviaron las maletas contaminadas con sustancias sujetas a fiscalización y fueron encontradas en el aeropuerto de Miami, sin embargo del testimonio rendido por Fernando Ortega y de la investigación de los agentes de antinarcóticos se establece que los señores Manuel Bustillos y Alexis Borja, tomaron contacto días antes con el señor Fernando Ortega y le ofrecieron participar en el envío de droga al extranjero a través del cambio o duplicado de taquillas de las maletas que se enviaban en los distintos vuelos es así que Alexis Borja le entrega 1000 dólares al señor Fernando Ortega y el señor Manuel Bustillos de igual forma le entrega 1000 dólares para que participe y colabore en estos hechos; con estos actos conducentes para el cometimiento de la infracción la señora Fiscal en la audiencia de juicio les acusa de cómplices, porque los dos procesados ejecutaron actos anteriores y ayudaron para que se envíe los 107 kilos de clorhidrato de cocaína; de igual manera la defensa de Carina Zurita afirma que se equivocó al emitir las taquillas, aserto que no fue justificado en legal y debida forma en la etapa de juicio, la señora Fiscal probó que la procesada Carina Zurita observó el mejor perfil del pasajero Mario Ruso y su esposa, que son personas de tercera edad, viajeros frecuentes y llevaban tres maletas, por lo que duplica de manera consciente esas tres taquillas que entregó a Fernando Ortega, para que se enviara las tres maletas contaminadas con clorhidrato de cocaína en el vuelo 516 de LAN, a Miami, por lo que le acusó de cómplice; respecto al procesado Luder Revelo la defensa afirma que la noche del 12 de diciembre de 2012 su defendido estaba trabajando en el aeropuerto transportando las maletas en el triciclo desde la salida hacia el avión, pero aclara que no era el único conductor autorizado por ANDES a trabajar ese día, que junto con otros dos conductores y bajo la dirección de Villarreal, ahora prófugo, pero Fiscalía ha aprobado que el ciudadano Luder Revelo cargó todas las maletas del vuelo 516 de LAN, conociendo que tres estaban contaminadas con clorhidrato de cocaína, porque evadió los controles de rayos X y canes, llevando a las bodegas del avión al vuelo 516 con destino a Miami, con las tres taquillas duplicadas, por lo que sin su participación en transportar las maletas duplicadas a las bodegas del avión del vuelo 516, no se hubiera perpetrado el delito, es decir su participación es directa y su ayuda indispensable, por lo que Fiscalía le acusa de autor; respecto a Fernando Ortega su abogado defensor afirma que fue declarado testigo protegido, porque en su calidad de Jefe de Seguridad dio toda la información necesaria para conocer las personas que participaron en los hechos que condujeron al cometimiento del delito que se investiga, esto es que el 12 y 13 de diciembre de 2012 en el vuelo que salió a Miami de la compañía LAN, se envió 107 kilos de

clorhidrato de cocaína; no recurre porque ha sido sentenciado en calidad de autor, sino porque no se ha considerado la atenuante trascendental, por lo que fiscalía pide al Tribunal Séptimo la aplicación del artículo 86 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas, en la que se dispone: "...Quien hallándose implicado en infracciones previstas por esta Ley suministre a la Policía Nacional, ...datos e informaciones precisas, verdaderas y comprobables, que condujeran a descubrir presuntos culpables de ilícitos previstos en ella, ... será reprimido con un tercio a la mitad de la pena modificada por las atenuantes establecidas en el artículo precedente, en caso de haberlas..." ; que considerando este particular su defendido proporcionó toda la información, y fiscalía pidió la aplicación de la atenuante y el tribunal no lo aplicó sin motivo, por lo que pide se le imponga a su defendido 2 años 8 meses de privación de libertad. La Fiscalía solicita se aplique la atenuante trascendental al señor Ortega sobre la base del artículo 85 de la Ley desustancias Estupefacientes y Sicotrópicas, vigente a la fecha del cometimiento del delito, en concordancia con el artículo 85 *Ibidem*; además pide que a la fecha de los hechos su defendido era menor de 21 años, y en consideración al principio de favorabilidad la fiscalía considera que se debería tomar en cuenta la atenuante del artículo 46 del Código Orgánico Integral Penal.- En lo referente a la petición de la aplicación del principio de favorabilidad (ley posterior más favorable), esto es, la imposición de la pena de 2 años 8 meses; se realizan las siguientes consideraciones: a) El artículo 76. 5, de la Constitución de la República del Ecuador, como garantía del debido proceso consagra el principio de favorabilidad, al establecer que: "...En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora." b) El Código Orgánico Integral Penal, entró en total vigencia a partir del 10 de agosto de 2014. c) El artículo 5.2, del Código Orgánico Integral Penal, contempla el principio de favorabilidad, señalando que: "En caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción." d) En concordancia con la disposición anterior, el Art. 16.2, *ejusdem*, estipula que: "Se aplicará la ley penal posterior más benigna sin necesidad de petición, de preferencia sobre la ley penal vigente al tiempo de ser cometida la infracción o dictarse sentencia." e) El artículo 60 de la Ley de Estupefacientes y sustancias Sicotrópica, describe la conducta por la cual han sido juzgados los recurrentes, esto es, el tráfico ilícito, conducta por la cual han sido sentenciados los recurrentes, f) El tipo penal del artículo 220 del COIP, en su numeral 1, literal d), contempla sanciones más favorables que la establecida en el Art. 60 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas, dependiendo de la cantidad y clase de droga, de acuerdo a la Resolución del CONSEP, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 586, de 14 de septiembre de 2015. g) Que en el presente caso, conforme el testimonio propio de la doctora Mariana Torres Salazar, quien realizó el análisis químico de la droga que fue extraída de la maleta o muestra testigo que se encontró en el Aeropuerto de Miami recibió la muestra por parte del señor Lenin Velastegui de la Jefatura antinarcótics de Pichincha en una funda plástica sellada con cinta adhesiva color rojo transparente en la que se lee cb9gm con más etiquetas color blanco en las que se lee códigos de barra 4203709010 caso gyl20035-000001 paquete hic drg agencia DEA segundo logotipo de USA Departamen of Justice caso gy 120035 locatio Miami fl 272513, firma laboratorio número 4203709 conteniendo un paquete en forma de ladrillo con mensionen de 24 cm por 14 y por 4 cm igual con cinta de embalaje de color café en su cara una etiqueta donde se lee peso 1195 gramos y en el interior polvo compacto de color blanco venían del Departamento de Justicia de Miami arribaban con cadena de custodia y fue entregada a Antinarcótics y ellos les trajeron al laboratorio para que tomen las muestras para el análisis químico, analizada la muestra se identificó como clorhidrato de cocaína; con la asistencia penal librada conforme el convenio por Ecuador y Estados Unidos, en donde remite el informeGY-12-003 5 en el que indicó que el 13 de diciembre de 2012 el grupo de la DEA junto con el área de investigación de seguridad nacional, que a las 5 y 28, vuelo 516 proveniente desde Quito Ecuador, puerta 16 a Miami donde se puede ver un equipaje que no era retirado que se trataban de tres maletas negras que se encontraban con plástico protector y que del resultado de la instrucción se encontraron 30 paquetes ubicados en las maletas se pudo obtener que su peso era 17.5 kilos y que se trataba de clorhidrato de cocaína, con este antecedente a través de la asistencia penal, miembros de la Policía Nacional, con las formalidades legales así como representantes de la Fiscalía se obtuvo que Estados Unidos remita la muestra testigo por lo que guardando la debida cadena de custodia se trajo la muestra testigo, prueba que este Tribunal Ad quem, de acuerdo a la sana crítica, la toma como válida y eficaz, por tratarse de una prueba científica efectuada por peritos químicos acreditados, por lo que para la aplicación del principio de favorabilidad se considerará los 107.5 kilos de peso neto de clorhidrato de cocaína, que se ubica en gran escala, con una pena privativa de libertad de diez a trece años, que es menos rigurosa que los doce años de reclusión mayor extraordinaria impuestos por el Tribunal A quo. h) Respecto a la aplicación de atenuantes, el Tribunal de Alzada considera que se debe tomar en cuenta las atenuantes probadas para modificar la pena. /.../" (sic)

Para resolver

NOVENO.- RESOLUCIÓN.- Por las consideraciones expuestas, este Tribunal de Alzada, en virtud de que, las pruebas aportadas por la Fiscalía son suficientes e idóneas para establecer tanto la existencia del delito como la responsabilidad de los procesados; y que por lo mismo, el estado de inocencia ha sido enervado completamente; en aplicación de los principios de celeridad y economía procesal previstos en el Art. 169 de la Constitución de la República del Ecuador y, luego de realizar el análisis pormenorizado de los respectivos recaudos procesales que han sido reproducidos e introducidos como prueba[...]” (sic)

Para, con tal razonamiento, modificar la sentencia en el sentido que consta en los antecedentes de esta resolución, sentencia de condena en contra del ciudadano Luder Vinicio Revelo Rodríguez, por autoría en el delito de tráfico de sustancias sujetas a fiscalización.

7. REFLEXIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

7.1. Corresponde al Tribunal de Casación analizar la sentencia recurrida, a efecto de determinar si está acreditada alguna de las causales previstas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, esto es, si en ella se ha violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación, lo que implica garantizar el principio de legalidad; y, por tanto, el derecho a la seguridad jurídica.

7.2. Con respecto a la objeciones planteadas por el recurrente

Sobre la presunta violación de los artículos: 61 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; 11.9, 75, 82, 169, 424 y 425 de la Constitución de la República, 123, 143 y 292 del Código de Procedimiento Penal; 32 del Código Orgánico Integral Penal.

“La casación es un recurso formalista, es decir, impone al recurrente, al estructurar la demanda con la que sustentá, el inexorable deber de observar todas las exigencias que requiere la técnica de la casación, a tal punto que el olvido o desprecio de ellas conduce a la frustración del recurso y aún el rechazo in limine del correspondiente libelo”¹³.

La casación ha de concebirse como un recurso extraordinario mediante el cual se pone en marcha un juicio técnico, limitado, de derecho, sobre sentencias que no han adquirido el carácter de firmes ejecutoriadas, con el propósito de hacer efectivo, a las partes procesales, el derecho sustantivo y las garantías del debido proceso, unificar, como criterio auxiliar del derecho, la jurisprudencia nacional; y reparar los agravios inferidos por las determinaciones del fallo impugnado; de allí que se señala que este recurso se trata de un juicio enmarcado en la dilogía de legalidad y necesidad¹⁴.

El artículo 349 del Código de Procedimiento Penal señala:

“El recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación.

No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar prueba.”

¹³ MURCIA BALLÉN, Humberto, Recurso de Casación Civil; Ediciones Jurídicas, Gustavo Ibáñez, sexta edición, Bogotá 2005, pág.71.

¹⁴ RAMÍREZ POVEDA, Samuel, Los Errores de Hecho en Sede Casacional; Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. Bogotá- Colombia .2002. pág.19

Por lo expuesto este Tribunal competente no tiene facultad para revisar prueba ni el expediente en sus distintas fases y etapas.

Del artículo transcrito se desprende que la casación es un recurso extraordinario que analiza in iure la sentencia de segunda instancia para determinar las posibles violaciones a la ley, ya por haberse contravenido expresamente su texto, por haberse hecho una incorrecta aplicación o errónea interpretación de la misma.

Por el principio dispositivo, establecido en los artículos 168.6¹⁵ de la Constitución de la República y 19¹⁶ del Código Orgánico de la Función Judicial, es obligación de quien impugna una sentencia vía recurso de casación, especificar en qué error de derecho ha incurrido el juzgador al dictar la sentencia, señalando detalladamente qué norma jurídica, qué artículo de la ley, ha sido violado y en qué forma, así como determinar cómo esta violación ha incidido en la sentencia, tanto que si no se hubiera cometido, otra sería la decisión judicial.

La exposición de la parte recurrente no da explicación alguna sobre lo acotado, mencionar que se ha violado la ley o citar artículos o principios no es suficiente para considerar cumplido lo indicado.

Respecto a la indebida aplicación del artículo 42.1 del Código de Procedimiento Penal; y, errónea interpretación del artículo 4 del Código Penal.

El recurrente incurrió en contradicción en tanto alegó dos causales simultáneas, al alegar indebida aplicación y contravención expresa en una misma norma; en tanto:

- i. Existe indebida aplicación de la ley cuando existe un error de hecho o de derecho que incida en el juez o tribunal, conduciéndolo a una conclusión contraria a la realidad de los hechos y la selección de la norma; mientras que,
- ii. Hay errónea interpretación a la ley cuando, aun eligiendo la norma correcta, se va más allá del contenido de la norma; al contrariar su espíritu, su alcance, lo que puede provenir de un falso raciocinio a través de otorgarle sentido equivocado a la ley.

En el caso sub iudice, no existe violación al principio in dubio pro reo, como

¹⁵ Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:

[...]

6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

¹⁶ Art. 19.- PRINCIPIOS DISPOSITIVO, DE INMEDIACION Y CONCENTRACION.- Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley.

Sin embargo, en los procesos que versen sobre garantías jurisdiccionales, en caso de constatarse la vulneración de derechos que no fuera expresamente invocada por los afectados, las juezas y jueces podrán pronunciarse sobre tal cuestión en la resolución que expidieren, sin que pueda acusarse al fallo de incongruencia por este motivo.

Los procesos se sustanciarán con la intervención directa de las juezas y jueces que conozcan de la causa. Se propenderá a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, para lograr la concentración que contribuya a la celeridad del proceso.

tampoco existe duda de la ley ni tampoco duda con respecto a la responsabilidad del recurrente, ya que, en situación de tenencia de sustancias sujetas a fiscalización destinadas para el tráfico, están las o los ciudadanos, quienes compran, vendan o entreguen a cualquier título, distribuyan, comercialicen, importen, exporten o, en general, efectúen tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, psicotrópicas y otras sujetas a fiscalización.

En el presente caso lo que está justificado es la consumación del tráfico ilícito de sustancias sujetas a fiscalización, por lo que se niega la pretensión.

Con respecto a la tercera objeción

En el Código de Procedimiento Penal vigente como estandar de certeza para condenar se requiere de certeza objetiva, es decir seguridad sin duda que lo afecte, es un estado que se construye a partir de la prueba, así lo establecen los artículos 252 y 304-A del Código de Procedimiento Penal vigente a la fecha de los hechos:

Art. 252.- Existencia del delito y culpabilidad.- La certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado se obtendrá de las pruebas de cargo y descargo que aporten los sujetos procesales en esta etapa, sin perjuicio de los anticipos jurisdiccionales de prueba que se hubiesen practicado en la etapa de instrucción Fiscal."

Art. 304-A.- Reglas Generales.- La sentencia debe ser motivada y concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado; en el primer caso, cuando el tribunal de garantías penales tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo; y en el segundo caso, si no se hubiere comprobado la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o cuando existiere duda sobre tales hechos.

La certeza es un estado de seguridad que surge de las presunciones elaboradas con base a los indicios que llegan al proceso mediante pruebas de este modo si existe certeza positiva la jueza o el juez debe dictar sentencia condenatoria, si hay certeza negativa se debe confirmar la inocencia de la o del acusado y si de la prueba existiere alguna duda en concordancia al principio in dubio pro reo, que beneficia al acusado, se impone confirmar su inocencia.

No se advierte en la sentencia recurrida que el Juez de Apelaciones haya incurrido en error o en incongruencia, la construcción de su razonamiento es congruente cuando se refiere a la existencia de la infracción como a la duda respecto de la responsabilidad de los procesados.

El Código Orgánico Integral Penal, abandona este estándar y adopta el de convencimiento más allá de toda duda razonable (Art. 5.3) pero no debemos aplicar este criterio de valoración de la prueba aunque esté vigente el Código Orgánico Integral Penal pues no era la regla al tiempo de la sentencia impugnada

Por tanto, son hechos probados que llegó al Aeropuerto de Miami 107 kilos de cocaína, provenientes del Aeropuerto Internacional Quito, de la aerolínea LAN Ecuador, en tres maletas, en el que intervino activamente el ciudadano Luder Vinicio Revelo Rodríguez, inmersas para la gran escala, en consecuencia, consideramos que en este sentido, la defensa del procesado no tiene razón cuando pide que se revoque la sentencia y se reconozca el estado de inocencia de su defendido.

Por tanto, se observa un razonamiento armónico en la decisión de los juzgadores. No cabe la pretensión de la defensa técnica del recurrente.

El caso subjudice tiene una decisión judicial que establece en derecho tanto la

existencia del delito como la responsabilidad del acusado. No consta de la sentencia de apelación que en la formación de la decisión, ahora impugnada, exista duda, contradicción o error, para casar de oficio.

Por lo expuesto **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA** este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, por unanimidad, con fundamento en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal declara:

1. Improcedente el recurso de casación planteado por el ciudadano Luder Vinicio Revelo Rodríguez.
2. No encuentra motivos para modificar de oficio la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha.

Ejecutoriada esta sentencia devuélvase el expediente a la autoridad de origen, para los efectos de lo previsto en el artículo 142 del Código Orgánico de la Función Judicial.-

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. Dra. Zulema Pachacama Nieto f), **JUEZ NACIONAL PONENTE** f) Dr. Marco Maldonado Castro, **JUEZ NACIONAL**; f) Dr. Richard Villagómez Cabezas, **JUEZ NACIONAL**.- Certifico: f) Dra. Ximena Quijano Salazar, Secretaria Relatora.

CERTIFICO: Las siete (7) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito, 3 de enero del 2017


Dra. Ximena Quijano Salazar
SECRETARIA RELATORA

JUICIO No. 925-2016
RESOLUCION No. 1572-2016
RECURSO: CASACIÓN
PROCESADO: Rosa Chusig Simbaña
DELITO: USURPACIÓN

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

**SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL
Y TRÁNSITO**

CAUSA No. 925-2016-MMA

JUEZ PONENTE: Dr. Miguel Jurado Fabara

Quito, viernes 02 de septiembre del 2016, las 11h14

VISTOS:

1. ANTECEDENTES DE LA CAUSA

1.1. El Juez de la Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia Calderón del Distrito Metropolitano de Quito, mediante sentencia de 21 de marzo de 2016, las 15h39, ratifica el estado de inocencia de la señora Rosa Chusig Simbaña, por falta de prueba plena para configurar la existencia material del delito de usurpación así como su responsabilidad, calificando a la querella de maliciosa y temeraria.

1.2. Los querellantes José Jayana Chusig y Rosa Vásquez Morales, inconforme con el fallo *a-quo* interponen recurso de apelación, que recayó por sorteo de ley en uno de los tribunales de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

La Sala *ad-quem* en sentencia de 06 de junio de 2016, las 15h49, por unanimidad acepta parcialmente el recurso de apelación interpuesto por los querellantes al declarar que la querella no es maliciosa ni temeraria, en lo demás confirma la resolución de absolución del juez de instancia.

1.3. La querellada recurre el fallo de apelación por la vía casacional ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

2. HECHOS

Sobre la relación circunstanciada de los hechos, el tribunal *ad-quem* señala:

“Según se desprende de la acusación particular formulada por los cónyuges José Jayana Chushig y Rosa Vásquez Morales, en contra de la señora Rosa Chushig Simbaña, en los fundamentos de hecho refieren ser legítimos poseedores (por cuatro años) de un lote de terreno ubicado en la parroquia Calderón, barrio San

Miguel Común, calle Manuel Oropa; que “la actora (Sic) en esta causa al no verse convencida de su venta del cincuenta por ciento de derechos y acciones del lote de terreno anteriormente indicado, procede a realizar algunos actos con malicia y temeridad, realizados algunas denuncias en diferentes Juzgados como son: ...” (Sic). Posteriormente han aclarado que los actos de usurpación se han cometido el 30 de mayo de 2014, a las 09h00.”¹

3. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-

- 3.1.** El Consejo de la Judicatura, mediante Resolución No. 008 -2015 de fecha 22 de enero de 2015, aprueba la integración de la Corte Nacional de Justicia, misma que ejerce jurisdicción a nivel nacional, de conformidad con el artículo 182, último inciso, de la Constitución de la República del Ecuador y 172 del Código Orgánico de la Función Judicial.
- 3.2.** La Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión y los demás que establezca la ley, en materia penal de conformidad con el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; así como los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro oficial No. 38, de 17 de julio de 2013, que sustituyen a los artículos 183 y 186, de la misma ley; y las resoluciones de la Corte Nacional de Justicia No. 01-2015 y 02-2015 de 25 de febrero de 2015.
- 3.3.** El Tribunal está integrado por el señor doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional Ponente y los señores doctores Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional y Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional, quien actúa por ausencia definitiva del doctor Vicente Robalino Villafuerte, ex Juez Nacional, según oficio No. 463-SG-CNJ de 08 de abril de 2016, suscrito por el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

4. DEL TRÁMITE.-

De conformidad con la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, corresponde emplear las normas vigentes al tiempo de inicio del proceso, que para el caso son las contenidas en el Código Penal y Código de Procedimiento Penal.

5. VALIDEZ PROCESAL

El presente recurso de casación se ha tramitado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal en observancia de lo contemplado en el artículo 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador, por lo que se declara su validez.

¹ Cfr. Sentencia de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, fojas 11

6. ARGUMENTACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO EN AUDIENCIA ORAL, PÚBLICA Y CONTRADICTORIA

En el presente proceso penal, se llevó a cabo la audiencia oral, pública y contradictoria según lo dispuesto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 345 ibídem, en la que expresan:

6.1. Fundamentación de la recurrente Rosa Chusig Simbaña, por parte de su abogado defensor José Muñoz Guayasamín.

En su intervención, el abogado José Muñoz Guayasamín argumenta su impugnación bajo los siguientes cargos:

- a) Precisa que interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha por considerar que existe una errónea aplicación del artículo 245 del Código de Procedimiento Penal, esto es referente a la no calificación de maliciosa o temeraria.
- b) Indica que, el tribunal de apelación llega a tal conclusión, sin realizar un análisis claro del inciso segundo del artículo 245 del Código de Procedimiento Penal.
- c) Expone que, en el caso *in examine* la acusación particular denuncia el delito de usurpación, hecho suscitado el 30 de mayo de 2014, las 09h00 en la parroquia de Calderón, no obstante la Corte de Apelación para hacer el análisis de que no existe malicia ni temeridad, se basa en una escritura pública de derechos y acciones que data del año 2009 relativa a los derechos y acciones, con lo que se demuestra que la acusación presentada es falsa.
- d) Asevera que, al no demostrarse absolutamente nada la acusación es falsa y al no haber sido probada en derecho, la temeridad es clara y absoluta ya que presentaron su acusación con falta de razón y sin verdad, actuaron faltando a la lealtad procesal y en tal circunstancia, también existe malicia por la crueldad con la que actuaron dentro del presente caso.

6.2. Contestación realizada en representación de los querellantes Jayana Chusig José y Rosa Vásquez Morales por parte de la doctora Leslie Pérez.

Con el fin de atacar los cargos formulados por el casacionista realiza una exposición detallada en los siguientes puntos:

- a) Señala que, la sentencia dicta por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, no calificó como maliciosa o temeraria la denuncia al no existir la mala fe,.
- b) Refiere que, se denunció la usurpación con base a un título de derechos y acciones de una propiedad que no se encuentra en posesión de Los

querellantes sino de la recurrente, y al existir justo título se justifica la buena fe.

- c) Con base a la Gaceta Judicial 21, serie 4, número 82, página 655 sostiene que no existe un falso título por ende no cabe la mala fe, más aún que el juzgador está en la obligación de calificar la querella como maliciosa o temeraria no de manera arbitraria.

Solicita se deseche el recurso de casación presentada por el recurrente y se ratifique la sentencia dictada.

6.3. Réplica

En uso de su derecho a la réplica insiste en sus aseveraciones respecto a que existe mala fe y una acusación falsa, al no justificarse los fundamentos de hecho y de derecho propuesto en la acusación particular.

Refiere que si en verdad la compra y venta es un título justo debe expresarse que dentro de la causa no debió esgrimirse ese derecho, pues no se ha probado que el 30 de mayo hayan sucedido los hechos.

7. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO

7.1. Del recurso de casación

La impugnación procesal², es un principio rector consagrado como derecho por la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8.2.h³, y dentro del derecho a la defensa en la Constitución de la República⁴ como garantía básica. El Estado es responsable de garantizar la adecuada administración de justicia⁵, y dentro de estos parámetros los recursos son mecanismos que caminan hacia la prosecución de este propósito.

² Código Orgánico Integral Penal: “Art. 5.- Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:[...] 6. Impugnación procesal: toda persona tiene derecho a recurrir del fallo, resolución o auto definitivo en todo proceso que se decida sobre sus derechos, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de derechos humanos y este Código.”

³ “Art. 8.- Garantías Judiciales [...] 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el procesos, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas [...]h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.”

⁴ “Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”

⁵ Constitución de la República: “Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. [...] El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración

Es así que, la casación es un medio de impugnación extraordinario, cuya finalidad es el reconocimiento y defensa del derecho objetivo, criterio coincidente con tratadistas como Fernando de la Rúa quien destaca:

“El derecho es único, pero su unicidad resulta de una integración entre las normas que consagran los imperativos y las otras que permiten realizarlos efectivamente cuando media infracción, haciendo la aplicación de la sanción o de la coacción que las resguarda”⁶

La casación pretende la correcta contemplación de la ley, la protección del sistema legal vigente, la unificación de la jurisprudencia⁷ (Ubi eadem ratio, ibi ídem ius) y el respeto de las garantías de los intervinientes (Ius litigatoris), por lo que su finalidad es revisar, que el fallo impugnado, no evidencie errores in iudicando que afecten la decisión de la causa y de existir procede a modificar el fallo ya sea por alegato de parte o de oficio y excluyendo la posibilidad de volver a valorar acervo probatorio⁸.

La Corte Constitucional sobre la naturaleza del recurso de casación señala:

“El recurso de casación, conforme su naturaleza, es un recurso extraordinario de competencia del máximo tribunal de justicia ordinario para pronunciarse, exclusivamente, respecto de las posibles violaciones a la ley en las sentencias de segunda instancia, ya sea por contravención expresa de su texto, o indebida aplicación o errónea interpretación, por lo que conforme a su texto, tanto el referido a la casación en todas las materias, como a la casación en materia penal, está impedido de realizar una nueva apreciación de las pruebas que han sido consideradas por el juzgador en la sentencia.”⁹

En síntesis, la ejecución de ésta función *nomofiláctica* corresponde al más alto tribunal de justicia ordinaria, quien enfrenta la sentencia recurrida y la fundamentación del recurrente, para revisar si el fallo impugnado se dictó o no *secundum ius*. Para tal efecto el recurso de casación se puede interponer, únicamente, de acuerdo a las causales previstas de forma taxativa en el Código Penal, esto es, por contravenir expresamente al texto de la norma utilizada, por haberse hecho un indebido empleo de ella o por haberla interpretado erróneamente. El proponente deberá sustentar sus argumentos en las causales previstas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, establecer cómo se produjo la vulneración de la norma jurídica y su incidencia en la decisión de la causa.

de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso”

⁶ De la Rúa, Fernando; *“La casación penal”*; Editorial Depalma, Buenos Aires-Argentina;(1994); pág. 31

⁷ Fernández Vega, Humberto; *“La Casación en el Sistema Penal Acusatorio”*; Editorial Leyer, Bogotá-Colombia; Cuarta Edición;(s/f) , pág. 28.

⁸ El Código de Procedimiento penal, en su artículo 349, expresamente establece que para fundamentar el recurso de casación *“No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba”*.

⁹ Corte Constitucional del Ecuador; caso No. 0950-12-EP; sentencia No. 033-15-SEP-CC; Registro Oficial Suplemento 462 de 19 de marzo del 2015.

7.2. De la fundamentación del recurso y vulneraciones legales invocadas por el recurrente

La interposición del recurso de casación, por su tecnicidad, supone la imposición de una obligación procesal para el recurrente, quien a más de establecer una de las causales del Código de Procedimiento Penal, deberá precisar el error judicial cometido por el tribunal ad-quem, especificar en qué consiste y cómo condujo al quebrantamiento de la ley que deba ser subsanado.

Con relación a la fundamentación del recurso de casación Orlando Rodríguez dice:

“La proposición jurídica es una carga procesal para el impugnante, que debe identificar y demostrar un error judicial atribuido al órgano judicial sentenciador de instancia, y a partir de la causal legal construir un argumento de sustentación para que el Tribunal o la Corte de Casación ejerza el control constitucional y legal de la sentencia impugnada...”¹⁰

Las argumentaciones vertidas en el proceso buscan sostener una errónea aplicación del artículo 245 del Código de Procedimiento Penal, bajo la petición de que se declare maliciosa y temeraria la acusación particular, cargo sobre el cual se deben realizar las precisiones que a continuación se detallan.

7.3. De la estructura del argumento casacional.

Según lo analizado, la fundamentación de la casación es la base estructural del recurso, por lo que debe ceñirse a requisitos de orden legal y técnico. Es así que, como exigencia inherente al recurso, las pretensiones se deben fundar en derecho y concatenarse a una causal específica, sin embargo no es suficiente sólo mencionarlás, el recurrente debe exponer las razones jurídicas y lógicas que demuestren el error in iudicando y cómo esta equivocación incidió en la resolución de la causa.

La recurrente, a través de su abogado defensor, expone que existe una **“errónea aplicación”** del artículo 245 del Código de Procedimiento Penal, para analizar su alegato, es necesario establecer las exigencias en la estructuración de argumentos previstos para este recurso técnico:

7.3.1. De las modalidades de error in iudicando

Las causales de casación determinada en nuestra legislación procesal son taxativas, sus condiciones de uso han sido fijados por la jurisprudencia y doctrina para cada causal, mismas que han referido su especificidad, singularidad, tecnicidad, por lo que no hay lugar a confusión.

El impugnante alega que existe una errónea aplicación, término que no se encuentra contemplado como modalidad de error de derecho, y que conforme se desprende de sus argumentos no se encuadra con ninguna de las causales con las que parecería tener relación.

¹⁰ Rodríguez, Orlando; “Casación y Revisión Penal”; Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, 2008, pág. 49.

Pues si el fundamento era indebida aplicación debía precisar que norma jurídica fue utilizada sin ser aplicable al caso concreto, cargo que se completa con la determinación del precepto legal que se omitió usar en su reemplazo; y, si la modalidad escogida para su fundamentación era la de errónea interpretación, debía precisar el alcance limitado o excesivo que dio el juzgador a la norma jurídica alegada; lo que no se disgrega de ninguno de los cargos expuestos por la impugnante en su recurso.

Tal equivocación devela la falta de técnica del abogado en la estructuración de fundamentos lo que en consecuencia da lugar a argumentos inválidos e improcedentes que deben ser desechados *ipso facto* por el Tribunal de Casación al no supeditarse a las exigencias antes descritas, tanto más que no se pueden completar o suplir las falencias en la argumentación *per se* constituiría una extralimitación de las atribuciones oficiosas de la vía casacional.

7.3.2. Delimitación de normas jurídicas

El sistema casacional penal se caracteriza por ser limitado, esto es, que el control de derecho no se extiende a todas las disposiciones legales que contienen los cuerpos normativos, sino únicamente a aquellas que fueron o debieron ser aplicadas singularmente en la sentencia en examen, bajo este parámetro se circunscribe el espectro de escogencia de norma jurídica para alegar su transgresión, por lo que podemos concluir que *no cualquier norma legal puede ser vulnerada*.

En el caso *sub iudice*, se sostiene el *petitum* de errónea aplicación del artículo 245 del Código de Procedimiento Penal, cuestionando la decisión del tribunal ad-quem al calificar la acusación particular como no maliciosa ni temeraria, por cuanto, a criterio de la recurrente, los querellante no justificaron los fundamentos de hecho y de derecho en su acusación y que consecuentemente existe mala fe y falsedad.

El artículo 245 del Código de Procedimiento Penal textualmente señala:

“El juez de garantías penales que dicte sobreseimiento definitivo declarará si la denuncia o la acusación particular han sido temerarias o maliciosas.”

Se refiere a la facultad que tiene el juez de garantías penales de calificar la denuncia o la acusación en los delitos de acción pública al dictarse el sobreseimiento definitivo, auto que se dicte únicamente dentro de la etapa intermedia que siguen únicamente las acciones públicas. Si se establece que el caso *in comento* es de naturaleza privada¹¹ su procedimiento se encuentra determinado a partir del artículo 371 del Código de Procedimiento Penal, por lo que no es aplicable al presente caso la norma legal citada como transgredida y el pretender que un Tribunal de Casación se oponga al

¹¹ Código de Procedimiento Penal, artículo 36: Son delitos de acción privada:

- a) El estupro perpetrado en una persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho;
- b) El rapto de una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, que hubiese consentido en su rapto y seguido voluntariamente al raptor;
- c) La injuria calumniosa y la no calumniosa grave;
- d) Los daños ocasionados en propiedad privada, excepto el incendio;
- e) La usurpación;
- f) La muerte de animales domésticos o domesticados.

ordenamiento jurídico¹² al examinar una norma jurídica ajena al *sub lite* implicaría la desnaturalización del recurso y, sobremanera, contraría el artículo 76.3 de la Constitución de la República que asegura el derecho al debido proceso y dispone como garantía básica la imposición de observar el trámite propio de cada causa¹³, por lo que el argumento, de la forma en la que se encuentra planteado, no procede.

7.4. De la malicia y temeridad

Las actuaciones procesales se rigen a los principios y reglas especialmente previstas para cada caso, cualquier inconducta que se genere, será sancionada según lo establezca la ley.

En este contexto vale aclarar, que la relación generada entre la partes conlleva al miramiento de obligaciones compartidas que provocan a su vez consecuencias jurídicas, por lo mismo se exige una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad.

Se sostiene así el razonamiento propuesto por Osvaldo Gozaíni quien al referirse a la buena fe procesal expresa:

“En la relación procesal todo legitimado tiene un deber primario que observar: la realización de la justicia. En el camino al resultado final, los deberes y obligaciones, las facultades y cargas imponen determinadas calidades de comportamiento, cuya exigencia será mayor cuanto más importante sea el interés general que conlleva el proceso.”¹⁴

Las actuaciones maliciosas y temerarias dentro del régimen procesal penal, a pesar de que ambos comportamientos atentan el principio de buena fe y lealtad procesal, son diferentes.

Una conducta es temeraria: “...cuando existe la certeza o una razonable presunción de que se litiga sin razón valedera y se tiene conciencia de la sin razón...”¹⁵ por lo que la acción se ejerce arbitrariamente a sabiendas de que se carece de fundamentos. En cambio la actuación es maliciosa cuando la intención concreta es perjudicar a la parte contra la que se ejerce una acción o retardar la prosecución procesal.

Conforme se constata de la sentencia impugnada, la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, para reformar la sentencia y calificar como no maliciosa ni temeraria la querella, realizó el análisis pertinente para llegar a tal conclusión.

Por lo expuesto, este Tribunal de Casación, de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, de la Corte Nacional de Justicia **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA**

¹² Constitución de la República: “Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”

¹³ Cfr. Artículo 76.3 de la Constitución de la República

¹⁴ Gozaíni, Osvaldo (2002); *Temeridad y malicia en el proceso*; Editorial Rubinzal-Culzoni; Buenos Aires-Argentina, pág.120.

¹⁵ Op. Citada p. 65

REPÚBLICA, de conformidad con el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, por unanimidad:

RESUELVE:

- 1) Declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por Rosa Chusig Simbaña, por falta de fundamentación.
- 2) Notifíquese, cúmplase y devuélvase el proceso al tribunal de origen para la ejecución de la resolución. f) Dr. Miguel Jurado Fabara, **JUEZ NACIONAL PONENTE** f) Dr. Jorge Blum Carcelén, **JUEZ NACIONAL**; f) Dr. Marco Maldonado Castro, **CONJUEZ NACIONAL**.- Certifico: f) Dra. Ximena Quijano Salazar, Secretaria Relatora.

CERTIFICO: Las cinco (5) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito, 3 de enero del 2017


Dra. Ximena Quijano Salazar
SECRETARIA RELATORA



CONSTITUCIONAL
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR

JUICIO No. 1601-2015
RESOLUCION No. 1573-2016
RECURSO: CASACION
PROCESADO: Sandro Elías Jiménez Zúñiga
DELITO: VIOLACION
**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL,
PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-**

Quito, 02 de septiembre del 2016, las 08h27

VISTOS:

El sentenciado, Sandro Elías Jiménez Zúñiga, interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, del 20 de octubre de 2015, a las 09h03, que rechaza el recurso de apelación interpuesto por el procesado, confirmando la emitida por el Tribunal Quinto de Garantías Penales de Pichincha, que le impuso veinte años de reclusión mayor especial, por haber transgredido la norma establecida en el artículo 512.1 y 3 del Código Penal; con costas judiciales, daños y perjuicios.

PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:

- 1.1. El Consejo de la Judicatura, en cumplimiento a lo dispuesto por la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 182, por el Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 173, y por la Resolución No. 341-2014, renovó parcialmente un tercio de las y los integrantes de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, y designó a las y los siete juezas y jueces quienes reemplazarán en sus funciones a las y los salientes.

El 26 de enero de 2015 el Consejo de la Judicatura posesionó a las y los juezas y jueces que se integran a la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

- 1.2. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución 01-2015, de 28 de enero de 2015, conformó sus seis Salas especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183 sustituido por la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial.

1.3. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, en sesión de 28 de enero de 2015, dio cumplimiento a lo dispuesto por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en la Resolución 02-2015, resultado de lo cual, mediante sorteo el presente Tribunal quedó integrado por las doctoras Gladys Terán Sierra, Sylvia Sánchez Insuasti, Juezas Nacionales; y, el doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional Ponente, de conformidad con el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial.

1.4. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal, según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y Segunda Disposición Transitoria, en concordancia con la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 38 de 17 de julio de 2013, que sustituye al artículo 183 ibídem, relativo a la conformación de Salas.

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL:

Examinado el presente recurso de casación, se verifica que ha sido tramitado conforme a las normas procesales de los artículos 352 y 354 del Código de Procedimiento Penal, aplicando, además, lo que dispone el artículo 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador; de allí que, no existe omisión de solemnidad alguna que ocasione la nulidad procesal, por lo que, el proceso es válido y así lo declara este Tribunal.

TERCERO.- PROTECCIÓN A LA VÍCTIMA Y LA RESERVA DEL CASO:

A fin de evitar su exposición pública y que perjudique a su desarrollo personal, social e integral, se omite el nombre de la víctima en la presente sentencia; quien será identificada con las iniciales de sus nombres y apellidos R.D.R.M, considerando que las sentencias de casación son de reproducción pública en la Gaceta Judicial. En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador que señala: *"El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el*

desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes y aseguran el ejercicio pleno de sus derechos: se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los demás personas"; en el mismo sentido, se expresa el artículo 1 del Código de la Niñez y Adolescencia, cuya finalidad es la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia, están obligados a garantizar a todas las niñas, niños y adolescentes que viven en el Ecuador; para lograr su desarrollo integral y el pleno disfrute de sus derechos en un marco de libertad, dignidad y equidad. Al efecto, regula el goce y ejercicio de esos derechos, deberes y responsabilidades, así como los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior y la doctrina de protección integral prescrito en el artículo 50 Ibídem, como el artículo 52, que se refiere a las prohibiciones relacionadas con el derecho a la dignidad e imagen; y, las prohibiciones de los numerales 3 y 4, que tienen que ver con "La publicación o exhibición de noticias, reportajes, crónicas ... "así como "La publicación o exhibición de imágenes y grabaciones o referencias escritas que permitan la identificación (...) víctimas de maltrato, abuso sexual... "; y, el artículo 53 que precautela el "derecho a que se respete la intimidad de su vida privada y familiar...").

CUARTO.- ANTECEDENTES:

Según la teoría del caso presentada por la Fiscalía se conoce que el 12 de abril del 2014 en el interior del Centro de Salud "Santa Cruz", del barrio San Alfonso, sector Chillogallo, al sur de la ciudad de Quito, la niña R.D.R.M, de 9 años de edad, ha sido accedida carnal y violentamente en vías vaginal y anal por el ahora acusado, Sandro Elías Jiménez Zúñiga, quien a esa fecha y en ese lugar desempeñaba las funciones de guardia de seguridad; hecho que se subsume en el artículo 512. 1 y 3 del anterior Código Penal.

QUINTO.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN:

El recurrente y acusado Sandro Elías Jiménez Zúñiga, al fundamentar el recurso de casación, a través de su defensa técnica particular ejercida por el abogado Oswaldo Carvajal Hernández, en síntesis dijo:

- Que el Tribunal de primer nivel, en forma errónea y por indebida aplicación de la ley fundamenta su decisión, indicando que su defendido es autor del delito de violación, por lo que existe una violación clara y expresa de la ley, a pesar de que ha venido sosteniendo que el delito cometido es el de atentado al pudor; conforme se desprende del testimonio urgente rendido por la niña y por el procesado, y por ello se debía considerar el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal.
- Alega el recurrente, que se ha violentado el derecho a la defensa y el debido proceso; como también, que la sentencia impugnada carece de la debida motivación, como lo manda el artículo 76.7.I de la Constitución de la República.
- La niña siempre afirmó, en su declaración, que ella no fue víctima de ninguna violación, que simple y llanamente lo que hizo su defendido es tocar sus partes íntimas; por lo tanto alega y fundamenta su petición en que hubo errónea interpretación en las más elementales normas del debido proceso, que contempla nuestra Constitución del Estado (sic).

SEXTO.- CONTRADICCIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO:

El doctor Marco Navas Arboleda, en representación del señor Fiscal General del Estado, en síntesis manifestó:

- Resulta incongruente lo expuesto por el señor abogado del recurrente, toda vez que señala, que en el proceso ha existido atentado contra el pudor y que no hay violación; contradiciéndose el mismo, ya afirma que al imponérsele 20 años de privación de libertad es una pena excesiva; que en todo caso, se le imponga 16 años, entonces no es entendible lo que afirma, que haya atentado contra el pudor y luego manifieste que se le imponga solo 16 de los 20 años.
- El abogado del recurrente, indica que se ha contravenido el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, lo cual sugiere revisar la prueba, lo que en esta instancia no es permitido de conformidad con el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, segundo inciso, habida cuenta de que la misma ya fue analizada dentro de la instancia correspondiente.
- Alega el recurrente, que su defendido no ha tenido un debido proceso, pero es todo lo contrario, pues en el considerando 6.6 de la sentencia atacada se indica claramente en la fundamentación y motivación de dicho fallo; que tuvo

un debido proceso de conformidad con lo que estipula el artículo 76 de la Constitución de la Constitución de la República, y se ha respetado la seguridad jurídica, contenida en el artículo 82 ibídem.

- El casacionista dice, que se ha contravenido el artículo 143 del Código de Procedimiento Penal, que su testimonio es una prueba en su favor; pero Fiscalía manifiesta, que se convertía en prueba, siempre y cuando sea concordante con las demás pruebas que obran del expediente, pero como eso no ha sucedido, ya que es todo lo contrario, su testimonio se convierte en una prueba en su contra; del proceso se desprende claramente que la niña fue violada, en tanto que los informes del médico legista indican que hubo una violación reciente dentro de las seis horas de que fue atendida la víctima; la psicóloga en su testimonio también indica que la niña textualmente ha manifestado que ha sido violada por el señor Sandro Jiménez Zúñiga, de tal manera que el testimonio rendido por ésta es totalmente relevante, habida cuenta de que estos delitos son consumados en la clandestinidad y deben ser tomados muy en cuenta los testimonios de las víctimas.
- Concluye solicitando, que se declare improcedente el recurso de casación, por todas las consideraciones que existen del proceso y que apuntan a la legitimidad de la sentencia.

SÉPTIMO.- ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN:

Debemos recalcar, que este Tribunal de Casación, considera necesario puntualizar que, del texto del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, se desprende que el recurso de casación, es un medio impugnatorio, que tiene por objeto corregir los errores de derecho, en que pudiera incurrir el Tribunal de Apelaciones al momento de emitir una sentencia, por lo que constituye un recurso extraordinario de control de legalidad y de error judicial en los fallos de instancia, debiendo observarse sí tal violación ha causado o no gravamen al recurrente.

“La casación es uno de los recursos procesales, mediante el cual el ordenamiento jurídico busca proteger el derecho de impugnación que tiene todo ciudadano en contra de las decisiones que los administradores de justicia dictan en los procesos jurisdiccionales, derecho que no solo forma parte de las garantías del debido proceso constantes en la Constitución de la República, en su artículo 76.7. m) sino que además

ha sido recogido por instrumentos internacionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos, la que en su artículo 8.2.h), manifiesta que toda persona inculpada de un delito tiene “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal.”¹

El tratadista Luis Gustavo Moreno, dice que el recurso de casación no puede ser considerado como una simple alegación de instancia, por el contrario, debe ser: “Un escrito sistemático que indica y demuestra, lógica y jurídicamente, los errores cometidos en la sentencia, violatorios de una norma sustancial o de una garantía procesal, ceñida a las exigencias mínimas de la forma y el contenido que precisa la ley”². Es por eso, que no se puede considerar a la casación como una nueva o tercera instancia, sino como nos indica el mismo tratadista: “Como una etapa extraordinaria del juicio en la que se debate “in jure” la legalidad de la sentencia y donde no existen términos probatorios”³, por lo tanto, lo que se busca es que se corrijan los errores de derecho cometidos por el tribunal ad-quem, es decir, el casacionista debe cumplir con las exigencias establecidas en la ley (art. 349 CPP), y no lo ha hecho.

El delito de violación, en nuestra legislación, se lo define en el artículo 512 del Código Penal, como “...el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo...”, bajo las circunstancias que esta misma norma lo contempla, nadie duda, desde luego, que la libertad sexual es uno de los bienes jurídicos preeminentes, el más importante después de la vida y la salud y, probablemente el más expuesto a ser atacado en la vida cotidiana, peor cuando se trata de una niña de 10 años, tres meses de edad, en la época que ocurrieron los hechos.

*“Un niño, niña o adolescente es indemne sexualmente, por carecer de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual”.*⁴

En ese sentido la Convención de los Derechos de los Niños, establece en el artículo 19 que: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas,

¹ Corte Nacional de Justicia. Jurisprudencia Ecuatoriana Ciencia y Derecho. Período Enero-Diciembre 2012. Quito-Ecuador. P.180

² MORENO, Luis Gustavo, “La Casación Penal, Teoría y Práctica bajo la Nueva Orientación Constitucional”, Ediciones Nueva Jurídica, 2013, Bogotá-Colombia, pág. 65.

³ Ibídem, pág. 65.

⁴ Al respecto Francisco Muños Conde, al analizar el bien jurídico protegido de los Delitos contra la libertad de indemnidad sexuales, señala que en nuestro ámbito cultural existe una especie de consenso no escrito sobre la “intangibilidad” o “indemnidad” que frente a la sexualidad de terceros debe otorgarse a los menores o incapaces, Derecho Penal, Parte Especial. 17ª ed. Tirant lo Blanch, 2009, p. 191-197.

administrativas, sociales y educativas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.

En la observación General N° 3, el Comité de los Derechos del Niño recomendó y solicitó a los Estados:

“... los actos de violencia, incluidas la violación y otros abusos sexuales, pueden producirse en el seno de la familia natural o adoptiva o ser perpetrados por personas que desempeñan funciones específicas con niños, en particular maestros y empleados de instituciones que trabajan con niños, tales como las prisiones y los establecimientos que se ocupan de las enfermedades mentales y otras discapacidades. En virtud de los derechos del niño que se consagran en el artículo 19 de la Convención, los Estados Partes tienen la obligación de proteger a los niños de toda forma de violencia y malos tratos, ya sea en el hogar, en la escuela, en otras instituciones o en la comunidad”.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem Do Para”⁵, en su artículo 1 menciona que para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer: “Cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

El mismo instrumento internacional en su artículo 2, menciona que: “Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

- a. *Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer y que comprende entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;...*
- c. *Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra”.*

En la Constitución de la República, consta como una obligación del Estado, la sociedad y la familia, el promover de forma prioritaria el desarrollo integral de

⁵ La Convención de Belén do Para, fue ratificada por el Ecuador el 30 de junio de 1995.

las niñas, niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. Se define el desarrollo integral de una niña, niño y adolescente, al proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad.

Por otra parte la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que: “...*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño*”.⁶

Como lo hemos señalado anteriormente, siendo el presente recurso técnico y extraordinario, el recurrente debe indicar cuál es la sentencia que ataca y que para efectos de análisis es la emitida, en el presente caso en concreto, por la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, pero además debe establecer cuál es el error de derecho y cómo éste influye en la decisión de la causa, lo que no ha hecho el recurrente, quien en forma anti técnica, se ha limitado a expresar que existe la errónea interpretación y la indebida aplicación de la ley, lo cual no puede ser analizado por este Tribunal de Casación, porque su generalidad y falta de señalamiento de la ley que impugna lo impide.

Además, este Tribunal deja constancia que no se debe plantear la errónea interpretación y la indebida aplicación, porque es contradictorio señalar que se utilizó una norma por otra y lo que es peor se le dio a la norma que no corresponde un alcance distinto al que la ley señala; sin considerar que la defensa técnica del recurrente no indicó exactamente, a que norma constitucional o legal se refería, incumpliendo las reglas básicas para la fundamentación de un recurso extraordinario, como lo es el de casación.

Inexplicablemente el recurrente señala, que en los hechos fijados no existe violación sexual, sino que lo único realizado por el procesado se limita a un atentado al pudor, cuando dicha afirmación constituye una deslealtad procesal, incurrida por la defensa técnica del sentenciado, ya que pretendió no solo inducir a engaño a estos juzgadores del máximo tribunal de justicia, sino que cambió y tergiversó los hechos, al señalar que la niña violentada, solo expresó

⁶ Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3.

que la había tocado; cuando en realidad, de la prueba que fue analizada por los juzgadores de instancia, se establece que Sandro Elías Jiménez Zúñiga es autor del delito de violación, tipificado en el artículo 512.1 y 3, siendo reprimido por el artículo 513, ambos del Código Penal y ello lo establecieron con el testimonio rendido por la niña y el acusador particular, hermano de la víctima, quienes han narrado que la víctima llegó en compañía de su vecina María Cepeda quien había visto que la niña fue sacada del Centro de Salud por el ahora acusado, quien se desempeñaba como guardia de seguridad y fue él quien abusó sexualmente a la niña.

La sentencia atacada analiza el testimonio urgente rendido por la víctima de nueve años, quien indicó: *“que su hermana le ha mandado a comprar invisibles para ella, el señor venia para entrar al trabajo, me persiguió y me tapó la boca y no podía respirar, me hizo entrar a dentro, era borracho, nunca le había visto antes, sé que se llama Sandro Elías, porque mi hermano me dijo el nombre, no se el apellido, (...) en el cuarto me decía algo, no me acuerdo, se bajó el pantalón y a mí me bajo la falda.”*

También los juzgadores analizan los testimonios rendidos por María Dolores Cepeda Yaucuibud, del que se desprende que el 12 de abril de 2014, a eso de las 09h15 aproximadamente, se encontraba en su vivienda y que el centro de salud está al frente de su casa y visualizó que el guardia del centro de salud sacó a la niña ofendida empujándola, por lo que le preguntó que hacia ahí, contestando que salió a la tienda, pero que el guardia la cogió le tapó la boca y la llevó a dentro y luego de pegarle y amenazarla la ha violado; que a la niña se le veía la cara rasguñada y con otras lesiones, por lo que la llevó inmediatamente a la casa de sus padres para dar aviso de lo ocurrido; mientras que el testimonio rendido por el doctor Luis Gerardo Guiaco Pazmiño, médico legista señala que el 12 de abril de 2014, a las 12h30, revisó a la niña de nueve años, quien le indicó, que había sido abusada sexualmente por Sandro Elías Jiménez, quien se desempeñaba como guardia de seguridad, presentando a nivel de la cara tres escoriaciones por rasguños recientes, en el lóbulo nasal dos escoriaciones, en región geniana (cachete) izquierda cinco escoriaciones, en región geniana derecha tres estigmas ungüales; a nivel genital dos equimosis recientes, en el himen una laceración reciente sangrante o desgarró, la mucosa de la vagina rojiza; a nivel anal una laceración de medio centímetro

reciente, de menos de seis horas, lesiones producidas por un pene en erección.

También consta de la sentencia el testimonio rendido por Verónica Roció Miño Carrillo, quien practicó el análisis de ADN, de las muestras tomadas por el legista doctor Luis Guiaco y extraídas a la víctima, concluyendo que en el 99.99% es positivo para el perfil genético del acusado, ya que se encontró la denominada proteína “P30” que son sales minerales, lípidos y carbohidratos del líquido seminal que es propio del sexo masculino, pues la presencia de la proteína “P30” implica, la secreción del líquido seminal como resultado de una eyaculación; prueba técnica científica que fue analizada por los juzgadores de instancia, obteniendo la certeza de la materialidad de la infracción y de la responsabilidad del procesado, ya que en forma consciente y voluntaria procedió a violentar sexualmente a la víctima de nueve años, por lo que no existe fundamento alguno, sustentado en algún elemento de prueba que corrobore lo señalado por la defensa técnica del recurrente, ya que no existe atentado al pudor, es decir solo tocamientos con características sexuales a la víctima, sino que el procesado introdujo su pene en la vagina y ano de la niña, violentando su indemnidad sexual, cometiendo el delito de violación conforme lo señala el artículo 512.1 y 3 del Código Penal, ya que la víctima es menor de catorce años y se utilizó en contra de ella la violencia, amenaza e intimidación con lo que se configuran los elementos constitutivos del tipo de violación.

De manera que, en este caso es importante el testimonio rendido por la víctima, que es corroborado por otros testimonios técnicos. La doctrina en temas de carácter sexual, es reiterativa en sostener, que los delitos sexuales se cometen en reserva y sin testigos, tal como lo expresa el tratadista español Manuel Miranda Estrampes, indicando que: *“...La convicción judicial, como fin de la prueba, no depende de un mayor o menor número de pruebas, en este caso de testigos, sino de la adecuación y fuerza de convicción de la prueba practicada, con independencia de su número. Por otro lado, se admite que dicho testigo único pueda ser la propia víctima o perjudicada por el delito”*⁷, por ello los testimonios que fueron valorados por los juzgadores de instancia, empleando las reglas de la sana crítica, contempladas en el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal,

⁷ MIRANDA ESTAMPRES, Manuel. *“La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal”*. Editorial Bosch. Año 1997. Pág. 184.

unido a la experiencia y a la lucidez de los que dictaron dicho fallo, les permitió llegar a la certeza, que se encuentran cumplidos los preceptos de los artículos 250, 252 y 304.A del Código de Procedimiento Penal; por lo que este Tribunal de Casación, considera que el juzgador de instancia, no solo que observó los lineamientos de la motivación que han sido citados, sino que, al expedir la sentencia lo hizo respetando este principio que se encuentra consagrado en el artículo 76.7, letra I) de la Constitución de la República, por lo que no cabe la aseveración formulada por el casacionista en este tema, ya que de la simple lectura de la sentencia en cuestión, se desprende tanto la descripción de cada una de las pruebas, como de la normativa que le ha servido para expedir la resolución y para ello se ha servido del método de la descripción y análisis, así como de la hermenéutica jurídica que las partes le han puesto para análisis en el proceso, es decir, ha subsumido tanto los hechos fácticos, como en las prohibiciones del derecho del artículo 512.1y3 del Código Penal, lo que le ha permitido llegar a la conclusión lo que consta en la referida sentencia condenatoria impugnada.

De manera que, la alegación sobre la falta de motivación de la sentencia recurrida, queda sin sustento legal, ya que los juzgadores de instancia en su parte resolutive se refirieron a los hechos y al derecho, valorando las pruebas que fueron practicadas en audiencia de juicio y fueron analizadas en forma lógica razonable y comprensible, suministrando las condiciones a las que arribaron sobre su examen y la subsunción del hecho comprobado en un precepto penal y sus consecuencias jurídicas que de su aplicación se derivan.

OCTAVO.- RESOLUCIÓN:

Por lo antes expuesto y al no existir el error de derecho, conforme a las causales del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, **"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA"**, por unanimidad, se declara improcedente el recurso de casación planteado por Sandro Elías Jiménez Zúñiga. Señalándose que existió deslealtad procesal en la intervención del doctor Oswaldo Carvajal Hernández, quien en la sustentación de la fundamentación del recurso abusó del derecho, empleando artimañas y procedimientos de mala fe, para inducir a error a este

Tribunal de Casación, lo que se deberá ponerse en conocimiento del Consejo de la Judicatura para los fines pertinente, **Cúmplase y Notifíquese.**- f) Dr. Jorge M. Blum Carcelén, MSc, **JUEZ NACIONAL PONENTE** f) Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, **JUEZ NACIONAL**; f) Dra. Gladys Terán Sierra, **JUEZ NACIONAL.**- Certifico: f), Secretaria Relatora.

CERTIFICO: Las seis (6) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito, 3 de enero del 2017


Dra. Ximena Quijano Salazar
SECRETARIA RELATORA



CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR

JUICIO No. 0259-2015
RESOLUCION No. 1575-2015
RECURSO: CASACION
PROCESADO: Carlos Andrés Ramírez Olvería Y otro
DELITO: ROBO

**PROCESO PENAL
CASACIÓN EX OFICIO.
INDEBIDA APLICACIÓN DEL ART. 42 CP
AL DETERMINAR EL GRADO DE PARTICIPACIÓN PENAL**

CONJUEZ NACIONAL PONENTE: DR. RICHARD VILLAGÓMEZ CABEZAS.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL,
PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-** Ciudad de San Francisco de
Quito, 02 de septiembre de 2016, las 12h18

VISTOS: El Noveno Tribunal de Garantías Penales con competencia en delitos flagrantes del cantón Guayaquil, mediante sentencia de 21 de julio de 2014, las 18:08, declara la existencia del delito de robo agravado, tipificado y sancionado en los artículos 550 y 551 del Código Penal, respectivamente, en concurrencia del numeral 2 del artículo 552 ibídem, y, la responsabilidad penal de Jorge Enrique Mina Charcopa, Edgar Joffre Patiño González y Carlos Andrés Ramírez Olvería, a quienes en calidad de autores se le impone la pena de cuatro años de reclusión mayor ordinaria (sin atenuantes), en tanto que a la ciudadana Gabriela Esmeralda Tenorio Castañeda se le impone la pena congrua de dos años de reclusión menor ordinaria en calidad de cómplice del injusto penal. Además se impone a todos los condenados la obligación de pagar daños y perjuicios por tres remuneraciones básicas unificadas del trabajador, la suspensión de derechos políticos por el tiempo de la condena.

Los condenados inconformes con esta decisión interponen sendos recursos de apelación para ante la Sala Especializada de la Corte Provincial de Justicia de Guayas¹, que al radicar competencia y escuchar en audiencia la fundamentación de los medios impugnatorios, declara sin lugar los formulados por Jorge Enrique Mina Charcopa y Gabriela Esmeralda Tenorio, en tanto que, acepta el recurso de Ramírez Olvería, reforma su grado de participación, declarándolo cómplice y le impone la pena congrua de dos años de reclusión menor ordinaria.

De esta sentencia, en ejercicio de su derecho a recurrir, Carlos Andrés Ramírez Olvería, presenta recurso de casación para ante esta Corte Nacional de Justicia.

1. COMPETENCIA Y VALIDEZ PROCESAL

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de

¹ Integrado por la abogada Beatriz Cruz, y doctores: José Coellar y Demóstenes Díaz.

la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión penal, según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE)²; artículo 349 y siguientes del Código de Procedimiento Penal (CPP), vigente a la fecha del procesamiento; artículo 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) y Segunda Disposición Transitoria³, en concordancia con la Ley reformativa al Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial nro. 38 de 17 de julio de 2013; y, las resoluciones números 1 y 2 de 2015, dictadas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia que disponen la conformación de las diferentes Salas de esta alta Corte. Por lo expuesto, integran Tribunal de Casación, los señores doctores: Richard Villagómez Cabezas, Conjuez Nacional Ponente,⁴ Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional, y, Zulema Pachacama Nieto, Conjueza Nacional⁵, considerándose además que ninguna de las partes procesales ha cuestionado la integración de este órgano jurisdiccional pluripersonal, asegurándose de esta manera la garantía del juez imparcial declarada en los artículos: 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH), y, 76.7.k CRE.

Este recurso de casación ha sido tramitado conforme los artículos 352-354 CPP (vigente a la fecha del procesamiento), en concordancia con el artículo 76.3 CRE, sin que exista omisión sustancial que constituya error in procedendo que pueda influir en la decisión de la causa, por lo que se declara la validez de lo actuado con ocasión de este medio impugnatorio.

2. FUNDAMENTACIÓN Y DEBATE DEL RECURSO

El señor abogado César Naranjo Baldeón, al fundamentar el recurso de casación propuesto por el ciudadano Carlos Andrés Ramírez Olvería, señala que:

“La Constitución de la República diseña y desarrolla un Estado constitucional de derechos y garantías, en donde el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, siendo el deber más alto del Estado, respetar y hacer respetar, los derechos garantizados en la Constitución. La defensa ha

² Art. 184 COFJ.- Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes:

1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley...

³ Art. 186 COFJ.- Competencia de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.- La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito conocerá:

1. Los recursos de casación y revisión en materia penal, incluida la penal tributaria y penal aduanera... (...)

⁴ Actúa por licencia concedida al señor doctor Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional, conforme el oficio nro. 1054-SG-CNJ-MBZ de 1 de agosto de 2016, suscrito por el señor doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

⁵ Actúa por licencia concedida al doctor Luis Enriquez Villacrés, Juez Nacional, acorde con el oficio nro. 1057-SG-CNJ-MBZ de 1 de agosto de 2016, suscrito por el señor doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

propuesto el recurso de casación conforme las exigencias del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, aplicable al procedimiento, en plena armonía con el artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial; por lo que ustedes podrán apreciar que la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal, ha trasgredido la ley, al haber hecho una indebida aplicación de la misma, contraviniendo expresas disposiciones constitucionales y procesales. Siendo el recurso de casación eminentemente técnico, me voy a referir a las trasgresiones constitucionales que se evidencian dentro de la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas. Y es así que la misma no guarda coherencia fáctica jurídica en su parte expositiva, motivada y resolutive, por lo que la primera trasgresión constitucional y procesal la encontramos en la falta de motivación, conforme lo exige la garantía constitucional del artículo 76.7 l) de la norma suprema, artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial y artículo 304 a) del Código de Procedimiento Penal aplicable. La Corte Constitucional ha señalado que la motivación es la coherencia entre la parte motivada y resolutive del fallo, por lo que al no enunciarse normas y principios en que se funda, hay una afectación en el fallo. Aprecien ustedes que en la sentencia dictada por la Sala Especializada el 03 de febrero de 2015, a las 10h39. Dentro de su análisis se limita a hacer una simple descripción y transcripción de los medios de prueba aportados en la audiencia de juzgamiento, sin que se haga una apreciación lógica o jurídica para establecer con certeza el nexo de causalidad entre la infracción y la culpabilidad del señor Andrés Ramírez Olvería. Se trasgrede así mismo los principios de tutela judicial efectiva y seguridad jurídica consagrada en los artículos 75 y 82 de la Constitución de la República al violentarse el principio de congruencia, en cuanto a la participación del señor Andrés Ramírez Olvería, dentro de todo el procedimiento, ya que en primer momento, fue llamado a juicio como encubridor, para posteriormente ser sentenciado como autor, y la Sala Especializada, reformó dicha sentencia en el grado de cómplice. La Sala no reparó en subsanar este error de derecho que violenta lo estatuido en el artículo 76 y 77 de la Norma Suprema y artículos 315 y 328 del Código de Procedimiento Penal aplicable, es decir, se ha venido empeorando la situación jurídica de mi defendido, y posteriormente la Sala, al reformar, no reparó en subsanar ese error de derecho. Respecto a las violaciones procesales en que la Sala incurrió, en lo principal, la defensa debe manifestar se contraviene expresamente lo establecido en el artículo 5.1 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto al debido proceso, que es el reconocimiento a la dignidad humana, conforme lo establece el artículo 84 y 424 de la Constitución de la República, en que las normas del poder público, deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, en caso contrario se señala que carecerán de eficacia jurídica. Se establece dentro de la estructura procesal 3 gradaciones penales, por lo que se rompió la

identidad fáctica jurídica del fallo. La sentencia dictada por la Sala Especializada, en su considerando cuarto, describe y transcribe los medios de prueba aportados y practicados en la audiencia de juzgamiento, sin que se cumpla con lo estatuido o la exigencia del artículo 106 del Código de Procedimiento Penal, en virtud de que debió demostrarse la legitimidad de lo sustraído, lo cual no consta dentro de la sentencia, mucho menos dentro del cuaderno procesal. Así mismo no se cumple con el elemento de certeza que exigen los artículos 85, 250 y 304.a del Código de Procedimiento Penal, por lo que se aplicó indebidamente la ley en cuanto a establecer responsabilidad penal, en contra de mi defendido. Dentro de la verdad procesal, el rol que desempeñaba mi defendido era de taxista, por lo que no se ajusta a las exigencias de la teoría de la imputación objetiva en cuanto a tener el dominio del hecho. Se contraviene lo establecido en el artículo 4 del Código Penal aplicable, en cuanto al principio del in dubio pro reo o el beneficio de la duda, esto se evidencia, ya que no existe la certeza de que el señor Carlos Andrés Ramírez Olviera, haya participado en el hecho factico que se juzgó, por lo que se produjo lo que doctrinariamente se conoce como la duda razonable, lo cual no fue aplicado por la Sala Especializada. Se contraviene lo estatuido en el artículo 216.7 de la Ley de Garantías Penales en cuanto al procedimiento para identificar e individualizar al sujeto activo de la infracción, procedimiento que no puede ser sustituido por una simple manifestación de la persona afectada, es decir, se debió cumplir con dicha exigencia procesal, lo que no se cumplió, y la Sala no reparó en subsanar dicho error de derecho. La Sala Especializada en el considerando quinto, contraviene en lo estatuido en el artículo 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal, en virtud de que el sentenciado no fue la persona que actuó directa e indirectamente en el hecho, por lo que no se cumplen los presupuestos que exigen tales disposiciones. Se hace una errónea interpretación del artículo 43 del Código Penal, al establecer el grado de complicidad por el hecho de manejar un vehículo de su propiedad. La complicidad lleva consigo el verbo rector de cooperar, sin que se cumpla esta exigencia, en virtud de que mi defendido en ningún momento cooperó con la ejecución del hecho punible, por lo que se contravino la disposición del artículo 43 del Código Penal. Se contraviene el artículo 143 y 144 de la Ley de Garantías Penales, en cuanto no se dio el valor respectivo al testimonio del sentenciado. La forma en la que ha sido dictada la sentencia, ha dado una incuestionable afectación al derecho a la seguridad jurídica que se fundamenta en el respeto de los jueces a la Constitución y en la correcta aplicación de las normas jurídicas. Por lo expuesto, en busca de que se aplique correctamente la ley y la administración de justicia, bajo los principios elementales de la sana crítica, la defensa solicita se case la sentencia y se enmiende la violación a la ley, de conformidad al artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, y se mantenga el estado de inocencia de Carlos

Andrés Ramírez Olviera, no sin antes manifestar que el artículo 358 en mención, señala en su última parte, que si la Sala observare que la sentencia ha violado la ley, admitirá la casación aunque la fundamentación del recurrente haya sido equivocada. En virtud de lo manifestado, reitero que la posición de la defensa es que se case la sentencia". (Sic)

De su parte, el señor doctor Marco Navas Arboleda, delegado del señor Fiscal General del Estado, en ejercicio del contradictorio, dice:

"Se ha manifestado por parte del abogado del recurrente, Carlos Ramírez, en virtud de que no existe una debida motivación de la sentencia atacada en este momento, pero si revisamos el considerando quinto de la sentencia, se encuentra fundamentada y debidamente motivada. En tal virtud, Fiscalía no está de acuerdo en que no se encuentra motivada. Se ha indicado que hay una violación procesal de los artículos 5.1, 250, 304, 85, 86, 87, 88, 143 y 144 del Código de Procedimiento Penal, y 82 de la Carta Magna. Debemos indicar que de conformidad con el artículo 5.1 del Código de Procedimiento Penal, se ha dado un debido proceso, conforme lo estipula el artículo 76 de la Constitución de la República, en tal virtud, no corresponde analizar esa situación habida cuenta de que hubo un debido proceso. También hubo la correspondiente seguridad jurídica, conforme lo determina el artículo 82 de la Constitución de la República, y lo que se ha tratado es de hacer una relación de realizar prueba dentro del proceso, ya que todos los artículos que él ha citado ya se vio tanto en primera como en segunda instancia, y como es de conocimiento de ustedes, el 349 del Código de Procedimiento Penal, indica que no se puede realizar prueba, en tanto y cuanto este es un recurso técnico y no hay como realizar las pruebas que ha manifestado el señor abogado del recurrente. La sentencia ha sido dictada en debida forma, motivada, y el hecho circunstancial de que diga que no conocía el señor que manejaba el taxi cuando se produjo este robo agravado, no quiere decir que no tenía conocimiento. Él tuvo conocimiento, y es por eso que evaluadas las pruebas de cargo, mismas que fueron debidamente presentadas, con las que se probó la materialidad de la infracción, la responsabilidad del procesado y el nexo causal correspondiente. En tal virtud, habiéndose evacuado en la Sala, todas estas pruebas, Fiscalía solicita se declare improcedente el recurso, así como se ratifique la sentencia subida en grado". (Sic)

En ejercicio de derecho a réplica, la defensa técnica del casacionista puntualiza que:

"Al inicio de mi intervención, manifesté que este es un recurso eminentemente técnico y en ningún momento la defensa ha planteado prueba alguna, por lo que siempre nos hemos referido a las disposiciones trasgredidas, tanto

constitucionales como procesales. Sí es necesario manifestar que mi defendido fue llamado a juicio en el grado de encubridor, sin embargo, pudiendo acogerse al principio de favorabilidad, él se presentó a la audiencia de juzgamiento en la que se le sancionó como autor, habiendo hecho presencia, siendo llamado como encubridor, él se presentó y la Sala no reparo dicha situación, y violentó el derecho a la seguridad jurídica". (Sic)

Finalmente, la señora doctora Lolita Montoya, defensora pública, en representación de los procesados no recurrentes (Jorge Mina Charcopa y Gabriela Tenorio) señala que no se han vulnerado los derechos de sus patrocinados, de modo que no tiene alegación a falta de alegación en contra.

3. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

La casación es un medio impugnatorio extraordinario que se focaliza en la existencia de un error *in iudicando* que se genera por una de las causales del artículo 349 CPP. Supuestos que se refieren a la manera en la que el órgano jurisdiccional aplica el ordenamiento jurídico vigente para resolver el caso concreto, pudiendo errar en dos áreas de esta actividad. La primera de estas áreas es la subsunción, que consiste en la adaptación del relato fáctico obtenido de la valoración probatoria que ha efectuado el órgano jurisdiccional, al supuesto de hecho que requiere una norma jurídica para su aplicación. De la cual, son dos los errores que pueden devenir de la subsunción: la falta de aplicación de una norma jurídica cuyo supuesto de hecho concuerda con la narración del contenido fáctico; y, la indebida aplicación de una norma de derecho cuyo supuesto de aplicación no se ha generado en el caso sometido al juzgamiento del tribunal de instancia.⁶ La segunda área del error *in iudicando*, tiene que ver con las consecuencias jurídicas que son previstas por la norma, en aquellos casos en los que efectivamente corresponde su aplicación. En esta área solo puede presentarse la errónea interpretación, y exige de parte de quien lo propone, la aceptación de que la norma utilizada para resolver es la correcta, ya que la impugnación que se hace sobre el fallo se dirige únicamente al sentido y alcance que el órgano jurisdiccional le ha dado a las consecuencias jurídicas que devienen de las normas utilizadas para resolver.

La casación es un instrumento protector de los derechos humanos y de las garantías constitucionales de los sujetos procesales, que procura alcanzar la justicia y recuperar la paz social a través del ejercicio del derecho de impugnación, garantizado en el artículo 76.7.m CRE, en relación con el artículo 8.2.h CADH,⁷ norma que guarda concordancia con el artículo 14.5

⁶ Irving Copi y Carl Cohen, *Introducción a la Lógica*, 1995, Limusa Noriega Editores, 2ª. Edición, México, pp. 615-619. Roberto Lara, *Argumentación Jurídica e Investigación en Derecho, en Observar la Ley. Ensayos sobre la Metodología de la Investigación Jurídica*, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, 2006, Editorial Trotta, España, p. 69

PIDCP.⁸ A través de casación corresponde el examen de la sentencia recurrida, para determinar posibles violaciones a la ley, ya por contravención, indebida aplicación o errónea interpretación, conforme el artículo 349 CPP.⁹

La casación, principalmente, tiene función nomofiláctica, esto es, asegurar la aplicación uniforme del principio de legalidad (sustantiva-adjetiva), para evitar la disparidad o divergencia de criterios interpretativos entre los diversos órganos jurisdiccionales¹⁰, correspondiendo tal facultad a la Corte Nacional de Justicia (órgano jurisdiccional de cierre) en el que la defensa del derecho objetivo (ius constitutionis) tiene preferencia sobre la justicia del caso concreto (derecho subjetivo de las partes, ius litigatoris). Es por ello que cuando se casa una sentencia, su efecto rescisorio realiza el derecho subjetivo derivado del ius constitutionis (derecho objetivo).

En jurisdicción ordinaria, la Corte Nacional de Justicia (Corte de cierre), sobre el recurso de casación, ha reiterado que:

"... es un recurso extraordinario mediante el cual se pone en marcha un juicio técnico, limitado, de derecho, sobre sentencias que no han adquirido el carácter de firmes, ejecutoriadas, con el propósito de hacer efectivo a las partes procesales el derecho sustantivo y las garantías del debido proceso, unificar, como criterio auxiliar del derecho, la jurisprudencia nacional; y, reparar los agravios inferidos por las determinaciones del fallo impugnado; de allí que se señala que este recurso se trata de un juicio enmarcado en la dilogía de legalidad y necesidad." ¹¹

En la especie, la sentencia cuestionada es la dictada, por el Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, que luego de escuchar en audiencia la fundamentación de los medios impugnatorios, declara sin lugar los formulados por Jorge Enrique Mina Charcopa y Gabriela Esmeralda Tenorio, en tanto que, acepta el recurso de Ramírez Olvería, reforma su grado de participación, declarándolo

⁷ Art. 8.2.h CADH.-Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

"...derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

⁸ Art. 14.1 PIDCP.- 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 lo prescrito por la ley.

⁹ Por tanto, a través de este medio no se puede revalorar la prueba. Por ello los objetivos de la casación se contraen a tres:

- a) el imperio de la ley, es decir su aplicación correcta;
- b) la uniformidad de la jurisprudencia, para que los jueces den igual interpretación a igual ley y en iguales circunstancias; y,
- c) la rectificación del agravio inferido a una de las partes procesales.

¹⁰ Teresa Armenta, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Marcial Pons, 4ª. ed., Barcelona, 2009, p. 278

¹¹ Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Sentencia dictada en el proceso penal No. 884-2011 el 23 de julio de 2014

cómplice y le impone la pena congrua de dos años de reclusión menor ordinaria.

La defensa técnica del casacionista Ramírez Olvería reprocha inicialmente la indebida aplicación y violación (sin causal) de expresas normas constitucionales y legales.

La postulación de los cargos por la defensa de Ramírez Olvería configura varios defectos a saber:

1. Precisa causal de casación (indebida aplicación) pero sin determinar normas de derecho presuntamente vulneradas, de forma que al existir causal sin normas, se tiene un recurso sin contenido.
2. La indebida aplicación, como causal de casación, exige una proposición jurídica completa, por la que el recurrente debe señalar en su orden: a. la norma incorrectamente aplicada; y, b. la norma que aparece como correcta para resolver el caso concreto. Esta exigencia técnico-jurídica no ha sido cumplida por Ramírez Olvería.
3. Cuando el recurrente acusa sin causal (ya sea por errónea interpretación, indebida aplicación o contravención expresa) la violación genérica de "expresar normas constitucionales y legales" (Sic), deja en la indeterminación el agravio que pretende sea curado a través del recurso de casación.

Más adelante, cuando Ramírez Olvería reprocha la inmotivación de la sentencia, cumple con citar el marco normativo (arts. 76.7.I CRE, 304.A CPP y 130.4 COFJ) que regula la garantía constitucional y legal de motivación, pero no establece causal de casación, provocando nuevamente la indefinición del agravio que es el sustratum del recurso propuesto.

En su momento, cuando el casacionista acusa la violación de normas procesales, este cuestionamiento se orienta hacia la detección del error in procedendo, siendo que la naturaleza propia del recurso extraordinario de casación se centra en el error in iudicando que le es propio y diferenciador y se suscita al momento de aplicar la ley por el tribunal adquem, provocándose tal yerro ya sea por indebida aplicación, errónea interpretación o contravención expresa del texto normativo.

Más adelante, el casacionista impugna, sin causal, la violación de los artículos 250, 252 y 304.A CPP y señala que él simplemente era el taxista y por tanto no tenía el dominio del hecho y consecuentemente conducir un taxi no significa ser autor.

Al respecto, una vez más se evidencia la falta de técnica jurídica al sostener el recurso de casación cuando el reproche carece de causal, conforme las previstas en el art. 349 CPP. Este postulado introduce en sede de casación una alegación de error sin precisión, ya sea de tipo o de

prohibición, lo que resulta inadecuado dado el avance del proceso penal y al encontrarse en casación en que no opera una revaloración de la prueba por este Tribunal. No obstante, el razonamiento jurídico expuesto por la defensa técnica del justiciable, reconoce en este punto que existe delito, pero discrepa sobre la responsabilidad penal pues a su parecer existe duda razonable.

Cuando el casacionista asume (en su alegato de casación) haber estado en la escena de los hechos en calidad de taxista y de haber conducido el vehículo con el que se perpetró el delito de robo agravado, debe precisarse, por el órgano jurisdiccional, para decidir su responsabilidad o no, si tal acto (conducir) fue necesario para la consumación del injusto penal.

Para el tribunal adquem, en el numeral quinto (CONSIDERACIONES DE LA SALA), señala que el arma de fuego que fue encontrada en el interior del vehículo que se encontraba como conductor CARLOS ANDRES RAMÍREZ OLVERÍA, como copiloto JORGE ENRIQUE MINA CHARCOPA, en la parte posterior estaba el señor EDGAR JOFFRE PATIÑO GONZÁLEZ y la señora GABRIELA ESMERLADA TENORIO CASTAÑEDA.

Luego, se sienta como silogismo normativo, para la determinación de responsabilidad penal, el contenido del artículo 43 CP que trata de la complicidad y se subsume la actuación de Ramírez Olvería (y Tenorio Castañeda) en una participación secundaria del acto antijurídico por el cual fueron sentenciados" (Sic)

Es en este punto en que este Tribunal de Casación advierte que se suscita el yerro por indebida aplicación cuando el tribunal aplica a Ramírez Olvería el artículo 43 CP que describe la autoría cuando en realidad correspondía la del artículo 42 CP toda vez que su actuación no es secundaria sino principal y directo ya que sin el concurso de él, al conducir al taxi, instrumentalizado para la ejecución del delito no habría tenido lugar el injusto penal que luego se le atribuye. En suma, sin el concurso de Ramírez Olvería no hubiere sido posible el delito de robo agravado, lo que extrañamente reflexiona el adquem en la parte resolutive de la sentencia cuando concluye que se utilizó con astucia un taxi como medio conducente sin que la víctima advierta la intención de los acusados, calificando esto como circunstancia agravante, pero excluyéndola para el grado de responsabilidad penal.

Por tanto, este Tribunal de Casación, ex officio, declara error in iudicando por indebida aplicación del artículo 43 CP cuando en realidad correspondía aplicar el artículo 42 CP para declarar la autoría de Ramírez Olvería, siendo la pena congrua la de 4 años de reclusión mayor ordinaria. No obstante, por efecto de la garantía de non reformatio in pejus, consagrada en el artículo 77.14 CRE, que obliga a no empeorar la situación jurídica del procesado (recurrente) se ha de cumplir la pena declarada por el adquem.

4. RESOLUCIÓN

Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, por unanimidad, declara improcedente el recurso de casación formulado por Carlos Andrés Ramírez Olvería. No obstante, ex officio, este Tribunal, considera que en la especie se ha configurado error in iudicando por indebida aplicación del artículo 43 CP cuando en realidad correspondía aplicar el artículo 42 CP respecto de la participación penal de Ramírez Olvería en calidad de autor, a quien le corresponde la pena congrua de cuatro años de reclusión mayor ordinaria, más por efecto de la garantía de non reformatio in pejus declarada en el artículo 77.14 CRE, se la deja en los términos fijados por el adquem. Devuélvase el proceso al órgano jurisdiccional de origen, para los fines de ley. **NOTIFÍQUESE.-** f) Dr. Richard Villagómez Cabezas, **JUEZ NACIONAL PONENTE** f) Dr. Miguel Jurado Fabara, **JUEZ NACIONAL**; f) Dra. Zulema Pachacama Nieto, **JUEZ NACIONAL.-** Certifico: f) Dra. Ximena Quijano Salazar, Secretaria Relatora.

CERTIFICO: Las cinco (5) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito, 3 de enero del 2017


Dra. Ximena Quijano Salazar
SECRETARIA RELATORA

JUICIO No. 0259-2015
RESOLUCION No. 1575-2015
RECURSO: CASACION
PROCESADO: Carlos Andrés Ramírez Olvería Y otro
DELITO: ROBO

**PROCESO PENAL
CASACIÓN EX OFICIO.
INDEBIDA APLICACIÓN DEL ART. 42 CP
AL DETERMINAR EL GRADO DE PARTICIPACIÓN PENAL**

CONJUEZ NACIONAL PONENTE: DR. RICHARD VILLAGÓMEZ CABEZAS.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL,
PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-** Ciudad de San Francisco de
Quito, 02 de septiembre de 2016, las 12h18

VISTOS: El Noveno Tribunal de Garantías Penales con competencia en delitos flagrantes del cantón Guayaquil, mediante sentencia de 21 de julio de 2014, las 18:08, declara la existencia del delito de robo agravado, tipificado y sancionado en los artículos 550 y 551 del Código Penal, respectivamente, en concurrencia del numeral 2 del artículo 552 ibídem, y, la responsabilidad penal de Jorge Enrique Mina Charcopa, Edgar Joffre Patiño González y Carlos Andrés Ramírez Olvería, a quienes en calidad de autores se le impone la pena de cuatro años de reclusión mayor ordinaria (sin atenuantes), en tanto que a la ciudadana Gabriela Esmeralda Tenorio Castañeda se le impone la pena congrua de dos años de reclusión menor ordinaria en calidad de cómplice del injusto penal. Además se impone a todos los condenados la obligación de pagar daños y perjuicios por tres remuneraciones básicas unificadas del trabajador, la suspensión de derechos políticos por el tiempo de la condena.

Los condenados inconformes con esta decisión interponen sendos recursos de apelación para ante la Sala Especializada de la Corte Provincial de Justicia de Guayas¹, que al radicar competencia y escuchar en audiencia la fundamentación de los medios impugnatorios, declara sin lugar los formulados por Jorge Enrique Mina Charcopa y Gabriela Esmeralda Tenorio, en tanto que, acepta el recurso de Ramírez Olvería, reforma su grado de participación, declarándolo cómplice y le impone la pena congrua de dos años de reclusión menor ordinaria.

De esta sentencia, en ejercicio de su derecho a recurrir, Carlos Andrés Ramírez Olvería, presenta recurso de casación para ante esta Corte Nacional de Justicia.

1. COMPETENCIA Y VALIDEZ PROCESAL

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de

¹ Integrado por la abogada Beatriz Cruz, y doctores: José Coellar y Demóstenes Díaz.

la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión penal, según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE)²; artículo 349 y siguientes del Código de Procedimiento Penal (CPP), vigente a la fecha del procesamiento; artículo 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) y Segunda Disposición Transitoria³, en concordancia con la Ley reformativa al Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial nro. 38 de 17 de julio de 2013; y, las resoluciones números 1 y 2 de 2015, dictadas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia que disponen la conformación de las diferentes Salas de esta alta Corte. Por lo expuesto, integran Tribunal de Casación, los señores doctores: Richard Villagómez Cabezas, Conjuez Nacional Ponente,⁴ Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional, y, Zulema Pachacama Nieto, Conjueza Nacional⁵, considerándose además que ninguna de las partes procesales ha cuestionado la integración de este órgano jurisdiccional pluripersonal, asegurándose de esta manera la garantía del juez imparcial declarada en los artículos: 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH), y, 76.7.k CRE.

Este recurso de casación ha sido tramitado conforme los artículos 352-354 CPP (vigente a la fecha del procesamiento), en concordancia con el artículo 76.3 CRE, sin que exista omisión sustancial que constituya error in procedendo que pueda influir en la decisión de la causa, por lo que se declara la validez de lo actuado con ocasión de este medio impugnatorio.

2. FUNDAMENTACIÓN Y DEBATE DEL RECURSO

El señor abogado César Naranjo Baldeón, al fundamentar el recurso de casación propuesto por el ciudadano Carlos Andrés Ramírez Olvería, señala que:

“La Constitución de la República diseña y desarrolla un Estado constitucional de derechos y garantías, en donde el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, siendo el deber más alto del Estado, respetar y hacer respetar, los derechos garantizados en la Constitución. La defensa ha

² Art. 184 COFJ.- Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes:

1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley...

³ Art. 186 COFJ.- Competencia de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.- La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito conocerá:

1. Los recursos de casación y revisión en materia penal, incluida la penal tributaria y penal aduanera... (...)

⁴ Actúa por licencia concedida al señor doctor Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional, conforme el oficio nro. 1054-SG-CNJ-MBZ de 1 de agosto de 2016, suscrito por el señor doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

⁵ Actúa por licencia concedida al doctor Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional, acorde con el oficio nro. 1057-SG-CNJ-MBZ de 1 agosto de 2016, suscrito por el señor doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

propuesto el recurso de casación conforme las exigencias del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, aplicable al procedimiento, en plena armonía con el artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial; por lo que ustedes podrán apreciar que la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal, ha trasgredido la ley, al haber hecho una indebida aplicación de la misma, contraviniendo expresas disposiciones constitucionales y procesales. Siendo el recurso de casación eminentemente técnico, me voy a referir a las trasgresiones constitucionales que se evidencian dentro de la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas. Y es así que la misma no guarda coherencia fáctica jurídica en su parte expositiva, motivada y resolutive, por lo que la primera trasgresión constitucional y procesal la encontramos en la falta de motivación, conforme lo exige la garantía constitucional del artículo 76.7 l) de la norma suprema, artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial y artículo 304 a) del Código de Procedimiento Penal aplicable. La Corte Constitucional ha señalado que la motivación es la coherencia entre la parte motivada y resolutive del fallo, por lo que al no enunciarse normas y principios en que se funda, hay una afectación en el fallo. Aprecien ustedes que en la sentencia dictada por la Sala Especializada el 03 de febrero de 2015, a las 10h39. Dentro de su análisis se limita a hacer una simple descripción y transcripción de los medios de prueba aportados en la audiencia de juzgamiento, sin que se haga una apreciación lógica o jurídica para establecer con certeza el nexo de causalidad entre la infracción y la culpabilidad del señor Andrés Ramírez Olvería. Se trasgrede así mismo los principios de tutela judicial efectiva y seguridad jurídica consagrada en los artículos 75 y 82 de la Constitución de la República al violentarse el principio de congruencia, en cuanto a la participación del señor Andrés Ramírez Olvería, dentro de todo el procedimiento, ya que en primer momento, fue llamado a juicio como encubridor, para posteriormente ser sentenciado como autor, y la Sala Especializada, reforma dicha sentencia en el grado de cómplice. La Sala no reparó en subsanar este error de derecho que violenta lo estatuido en el artículo 76 y 77 de la Norma Suprema y artículos 315 y 328 del Código de Procedimiento Penal aplicable, es decir, se ha venido empeorando la situación jurídica de mi defendido, y posteriormente la Sala, al reformar, no reparó en subsanar ese error de derecho. Respecto a las violaciones procesales en que la Sala incurrió, en lo principal, la defensa debe manifestar se contraviene expresamente lo establecido en el artículo 5.1 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto al debido proceso, que es el reconocimiento a la dignidad humana, conforme lo establece el artículo 84 y 424 de la Constitución de la República, en que las normas del poder público, deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, en caso contrario se señala que carecerán de eficacia jurídica. Se establece dentro de la estructura procesal 3 gradaciones penales, por lo que se rompió la

identidad fáctica jurídica del fallo. La sentencia dictada por la Sala Especializada, en su considerando cuarto, describe y transcribe los medios de prueba aportados y practicados en la audiencia de juzgamiento, sin que se cumpla con lo estatuido o la exigencia del artículo 106 del Código de Procedimiento Penal, en virtud de que debió demostrarse la legitimidad de lo sustraído, lo cual no consta dentro de la sentencia, mucho menos dentro del cuaderno procesal. Así mismo no se cumple con el elemento de certeza que exigen los artículos 85, 250 y 304.a del Código de Procedimiento Penal, por lo que se aplicó indebidamente la ley en cuanto a establecer responsabilidad penal, en contra de mi defendido. Dentro de la verdad procesal, el rol que desempeñaba mi defendido era de taxista, por lo que no se ajusta a las exigencias de la teoría de la imputación objetiva en cuanto a tener el dominio del hecho. Se contraviene lo establecido en el artículo 4 del Código Penal aplicable, en cuanto al principio del in dubio pro reo o el beneficio de la duda, esto se evidencia, ya que no existe la certeza de que el señor Carlos Andrés Ramírez Olviera, haya participado en el hecho factico que se juzgó, por lo que se produjo lo que doctrinariamente se conoce como la duda razonable, lo cual no fue aplicado por la Sala Especializada. Se contraviene lo estatuido en el artículo 216.7 de la Ley de Garantías Penales en cuanto al procedimiento para identificar e individualizar al sujeto activo de la infracción; procedimiento que no puede ser sustituido por una simple manifestación de la persona afectada, es decir, se debió cumplir con dicha exigencia procesal, lo que no se cumplió, y la Sala no reparó en subsanar dicho error de derecho. La Sala Especializada en el considerando quinto, contraviene en lo estatuido en el artículo 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal, en virtud de que el sentenciado no fue la persona que actuó directa e indirectamente en el hecho, por lo que no se cumplen los presupuestos que exigen tales disposiciones. Se hace una errónea interpretación del artículo 43 del Código Penal, al establecer el grado de complicidad por el hecho de manejar un vehículo de su propiedad. La complicidad lleva consigo el verbo rector de cooperar, sin que se cumpla esta exigencia, en virtud de que mi defendido en ningún momento cooperó con la ejecución del hecho punible, por lo que se contravino la disposición del artículo 43 del Código Penal. Se contraviene el artículo 143 y 144 de la Ley de Garantías Penales, en cuanto no se dio el valor respectivo al testimonio del sentenciado. La forma en la que ha sido dictada la sentencia, ha dado una incuestionable afectación al derecho a la seguridad jurídica que se fundamenta en el respeto de los jueces a la Constitución y en la correcta aplicación de las normas jurídicas. Por lo expuesto, en busca de que se aplique correctamente la ley y la administración de justicia, bajo los principios elementales de la sana crítica, la defensa solicita se case la sentencia y se enmiende la violación a la ley, de conformidad al artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, y se mantenga el estado de inocencia de Carlos

Andrés Ramírez Olviera, no sin antes manifestar que el artículo 358 en mención, señala en su última parte, que si la Sala observare que la sentencia ha violado la ley, admitirá la casación aunque la fundamentación del recurrente haya sido equivocada. En virtud de lo manifestado, reitero que la posición de la defensa es que se case la sentencia". (Sic)

De su parte, el señor doctor Marco Navas Arboleda, delegado del señor Fiscal General del Estado, en ejercicio del contradictorio, dice:

"Se ha manifestado por parte del abogado del recurrente, Carlos Ramírez, en virtud de que no existe una debida motivación de la sentencia atacada en este momento, pero si revisamos el considerando quinto de la sentencia, se encuentra fundamentada y debidamente motivada. En tal virtud, Fiscalía no está de acuerdo en que no se encuentra motivada. Se ha indicado que hay una violación procesal de los artículos 5.1, 250, 304, 85, 86, 87, 88, 143 y 144 del Código de Procedimiento Penal, y 82 de la Carta Magna. Debemos indicar que de conformidad con el artículo 5.1 del Código de Procedimiento Penal, se ha dado un debido proceso, conforme lo estipula el artículo 76 de la Constitución de la República, en tal virtud, no corresponde analizar esa situación habida cuenta de que hubo un debido proceso. También hubo la correspondiente seguridad jurídica, conforme lo determina el artículo 82 de la Constitución de la República, y lo que se ha tratado es de hacer una relación de realizar prueba dentro del proceso, ya que todos los artículos que él ha citado ya se vio tanto en primera como en segunda instancia, y como es de conocimiento de ustedes, el 349 del Código de Procedimiento Penal, indica que no se puede realizar prueba, en tanto y cuanto este es un recurso técnico y no hay como realizar las pruebas que ha manifestado el señor abogado del recurrente. La sentencia ha sido dictada en debida forma, motivada, y el hecho circunstancial de que diga que no conocía el señor que manejaba el taxi cuando se produjo este robo agravado, no quiere decir que no tenía conocimiento. Él tuvo conocimiento, y es por eso que evaluadas las pruebas de cargo, mismas que fueron debidamente presentadas, con las que se probó la materialidad de la infracción, la responsabilidad del procesado y el nexo causal correspondiente. En tal virtud, habiéndose evacuado en la Sala, todas estas pruebas, Fiscalía solicita se declare improcedente el recurso, así como se ratifique la sentencia subida en grado". (Sic)

En ejercicio de derecho a réplica, la defensa técnica del casacionista puntualiza que:

"Al inicio de mi intervención, manifesté que este es un recurso eminentemente técnico y en ningún momento la defensa ha planteado prueba alguna, por lo que siempre nos hemos referido a las disposiciones trasgredidas, tanto

constitucionales como procesales. Sí es necesario manifestar que mi defendido fue llamado a juicio en el grado de encubridor, sin embargo, pudiendo acogerse al principio de favorabilidad, él se presentó a la audiencia de juzgamiento en la que se le sancionó como autor, habiendo hecho presencia, siendo llamado como encubridor, él se presentó y la Sala no reparo dicha situación, y violentó el derecho a la seguridad jurídica". (Sic)

Finalmente, la señora doctora Lolita Montoya, defensora pública, en representación de los procesados no recurrentes (Jorge Mina Charcopa y Gabriela Tenorio) señala que no se han vulnerado los derechos de sus patrocinados, de modo que no tiene alegación a falta de alegación en contra.

3. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

La casación es un medio impugnatorio extraordinario que se focaliza en la existencia de un error *in iudicando* que se genera por una de las causales del artículo 349 CPP. Supuestos que se refieren a la manera en la que el órgano jurisdiccional aplica el ordenamiento jurídico vigente para resolver el caso concreto, pudiendo errar en dos áreas de esta actividad. La primera de estas áreas es la subsunción, que consiste en la adaptación del relato fáctico obtenido de la valoración probatoria que ha efectuado el órgano jurisdiccional, al supuesto de hecho que requiere una norma jurídica para su aplicación. De lo cual, son dos los errores que pueden devenir de la subsunción: la falta de aplicación de una norma jurídica cuyo supuesto de hecho concuerda con la narración del contenido fáctico; y, la indebida aplicación de una norma de derecho cuyo supuesto de aplicación no se ha generado en el caso sometido al juzgamiento del tribunal de instancia.⁶ La segunda área del error *in iudicando*, tiene que ver con las consecuencias jurídicas que son previstas por la norma, en aquellos casos en los que efectivamente corresponde su aplicación. En esta área solo puede presentarse la errónea interpretación, y exige de parte de quien lo propone, la aceptación de que la norma utilizada para resolver es la correcta, ya que la impugnación que se hace sobre el fallo se dirige únicamente al sentido y alcance que el órgano jurisdiccional le ha dado a las consecuencias jurídicas que devienen de las normas utilizadas para resolver.

La casación es un instrumento protector de los derechos humanos y de las garantías constitucionales de los sujetos procesales, que procura alcanzar la justicia y recuperar la paz social a través del ejercicio del derecho de impugnación, garantizado en el artículo 76.7.m CRE, en relación con el artículo 8.2.h CADH,⁷ norma que guarda concordancia con el artículo 14.5

⁶ Irving Copi y Carl Cohen, *Introducción a la Lógica*, 1995, Limusa Noriega Editores, 2ª. Edición, México, pp. 615-619. Roberto Lara, *Argumentación Jurídica e Investigación en Derecho*, en *Observar la Ley. Ensayos sobre la Metodología de la Investigación Jurídica*, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, 2006, Editorial Trotta, España, p. 69

PIDCP.⁸ A través de casación corresponde el examen de la sentencia recurrida, para determinar posibles violaciones a la ley, ya por contravención, indebida aplicación o errónea interpretación, conforme el artículo 349 CPP.⁹

La casación, principalmente, tiene función nomofiláctica, esto es, asegurar la aplicación uniforme del principio de legalidad (sustantiva-adjetiva), para evitar la disparidad o divergencia de criterios interpretativos entre los diversos órganos jurisdiccionales¹⁰, correspondiendo tal facultad a la Corte Nacional de Justicia (órgano jurisdiccional de cierre) en el que la defensa del derecho objetivo (ius constitutionis) tiene preferencia sobre la justicia del caso concreto (derecho subjetivo de las partes, ius litigatoris). Es por ello que cuando se casa una sentencia, su efecto rescisorio realiza el derecho subjetivo derivado del ius constitutionis (derecho objetivo).

En jurisdicción ordinaria, la Corte Nacional de Justicia (Corte de cierre), sobre el recurso de casación, ha reiterado que:

*"... es un recurso extraordinario mediante el cual se pone en marcha un juicio técnico, limitado, de derecho, sobre sentencias que no han adquirido el carácter de firmes, ejecutoriadas, con el propósito de hacer efectivo a las partes procesales el derecho sustantivo y las garantías del debido proceso, unificar, como criterio auxiliar del derecho, la jurisprudencia nacional; y, reparar los agravios inferidos por las determinaciones del fallo impugnado; de allí que se señala que este recurso se trata de un juicio enmarcado en la dialógica de legalidad y necesidad."*¹¹

En la especie, la sentencia cuestionada es la dictada, por el Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, que luego de escuchar en audiencia la fundamentación de los medios impugnatorios, declara sin lugar los formulados por Jorge Enrique Mina Charcopa y Gabriela Esmeralda Tenorio, en tanto que, acepta el recurso de Ramírez Olvería, reforma su grado de participación, declarándolo

⁷ Art. 8.2.h CADH.-Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

"...derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

⁸ Art. 14.1 PIDCP.- 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 lo prescrito por la ley.

⁹ Por tanto, a través de este medio no se puede revalorar la prueba. Por ello los objetivos de la casación se contraen a tres:

- a) el imperio de la ley, es decir su aplicación correcta;
- b) la uniformidad de la jurisprudencia, para que los jueces den igual interpretación a igual ley y en iguales circunstancias; y,
- c) la rectificación del agravio inferido a una de las partes procesales.

¹⁰ Teresa Armenta, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Marcial Pons, 4ª. ed., Barcelona, 2009, p. 278

¹¹ Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Sentencia dictada en el proceso penal No. 884-2011 el 23 de julio de 2014

cómplice y le impone la pena congrua de dos años de reclusión menor ordinaria.

La defensa técnica del casacionista Ramírez Olvería reprocha inicialmente la indebida aplicación y violación (sin causal) de expresas normas constitucionales y legales.

La postulación de los cargos por la defensa de Ramírez Olvería configura varios defectos a saber:

1. Precisa causal de casación (indebida aplicación) pero sin determinar normas de derecho presuntamente vulneradas, de forma que al existir causal sin normas, se tiene un recurso sin contenido.
2. La indebida aplicación, como causal de casación, exige una proposición jurídica completa, por la que el recurrente debe señalar en su orden: a. la norma incorrectamente aplicada; y, b. la norma que aparece como correcta para resolver el caso concreto. Esta exigencia técnico-jurídica no ha sido cumplida por Ramírez Olvería.
3. Cuando el recurrente acusa sin causal (ya sea por errónea interpretación, indebida aplicación o contravención expresa) la violación genérica de "expresar normas constitucionales y legales" (Sic), deja en la indeterminación el agravio que pretende sea curado a través del recurso de casación.

Más adelante, cuando Ramírez Olvería reprocha la inmotivación de la sentencia, cumple con citar el marco normativo (arts. 76.7.I CRE, 304.A CPP y 130.4 COFJ) que regula la garantía constitucional y legal de motivación, pero no establece causal de casación, provocando nuevamente la indefinición del agravio que es el sustratum del recurso propuesto.

En su momento, cuando el casacionista acusa la violación de normas procesales, este cuestionamiento se orienta hacia la detección del error in procedendo, siendo que la naturaleza propia del recurso extraordinario de casación se centra en el error in iudicando que le es propio y diferenciador y se suscita al momento de aplicar la ley por el tribunal adquem, provocándose tal yerro ya sea por indebida aplicación, errónea interpretación o contravención expresa del texto normativo.

Más adelante, el casacionista impugna, sin causal, la violación de los artículos 250, 252 y 304.A CPP y señala que él simplemente era el taxista y por tanto no tenía el dominio del hecho y consecuentemente conducir un taxi no significa ser autor.

Al respecto, una vez más se evidencia la falta de técnica jurídica al sostener el recurso de casación cuando el reproche carece de causal, conforme las previstas en el art. 349 CPP. Este postulado introduce en sede de casación una alegación de error sin precisión, ya sea de tipo o de

prohibición, lo que resulta inadecuado dado el avance del proceso penal y al encontrarse en casación en que no opera una revaloración de la prueba por este Tribunal. No obstante, el razonamiento jurídico expuesto por la defensa técnica del justiciable, reconoce en este punto que existe delito, pero discrepa sobre la responsabilidad penal pues a su parecer existe duda razonable.

Cuando el casacionista asume (en su alegato de casación) haber estado en la escena de los hechos en calidad de taxista y de haber conducido el vehículo con el que se perpetró el delito de robo agravado, debe precisarse, por el órgano jurisdiccional, para decidir su responsabilidad o no, si tal acto (conducir) fue necesario para la consumación del injusto penal.

Para el tribunal adquem, en el numeral quinto (CONSIDERACIONES DE LA SALA), señala que el arma de fuego que fue encontrada en el interior del vehículo que se encontraba como conductor CARLOS ANDRES RAMÍREZ OLVERÍA, como copiloto JORGE ENRIQUE MINA CHARCOPA, en la parte posterior estaba el señor EDGAR JOFFRE PATIÑO GONZÁLEZ y la señora GABRIELA ESMERLADA TENORIO CASTAÑEDA.

Luego, se sienta como silogismo normativo, para la determinación de responsabilidad penal, el contenido del artículo 43 CP que trata de la complicidad y se subsume la actuación de Ramírez Olvería (y Tenorio Castañeda) en una participación secundaria del acto antijurídico por el cual fueron sentenciados" (Sic)

Es en este punto en que este Tribunal de Casación advierte que se suscita el yerro por indebida aplicación cuando el tribunal aplica a Ramírez Olvería el artículo 43 CP que describe la autoría cuando en realidad correspondía la del artículo 42 CP toda vez que su actuación no es secundaria sino principal y directo ya que sin el concurso de él, al conducir al taxi, instrumentalizado para la ejecución del delito no habría tenido lugar el injusto penal que luego se le atribuye. En suma, sin el concurso de Ramírez Olvería no hubiere sido posible el delito de robo agravado, lo que extrañamente reflexiona el adquem en la parte resolutive de la sentencia cuando concluye que se utilizó con astucia un taxi como medio conducente sin que la víctima advierta la intención de los acusados, calificando esto como circunstancia agravante, pero excluyéndola para el grado de responsabilidad penal.

Por tanto, este Tribunal de Casación, ex officio, declara error in iudicando por indebida aplicación del artículo 43 CP cuando en realidad correspondía aplicar el artículo 42 CP para declarar la autoría de Ramírez Olvería, siendo la pena congrua la de 4 años de reclusión mayor ordinaria. No obstante, por efecto de la garantía de non reformatio in pejus, consagrada en el artículo 77.14 CRE, que obliga a no empeorar la situación jurídica del procesado (recurrente) se ha de cumplir la pena declarada por el adquem.

4. RESOLUCIÓN

Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, por unanimidad, declara improcedente el recurso de casación formulado por Carlos Andrés Ramírez Olvería. No obstante, ex officio, este Tribunal, considera que en la especie se ha configurado error in iudicando por indebida aplicación del artículo 43 CP cuando en realidad correspondía aplicar el artículo 42 CP respecto de la participación penal de Ramírez Olvería en calidad de autor, a quien le corresponde la pena congrua de cuatro años de reclusión mayor ordinaria, más por efecto de la garantía de non reformatio in pejus declarada en el artículo 77.14 CRE, se la deja en los términos fijados por el adquem. Devuélvase el proceso al órgano jurisdiccional de origen, para los fines de ley. **NOTIFÍQUESE.-** f) Dr. Richard Villagómez Cabezas, **JUEZ NACIONAL PONENTE** f) Dr. Miguel Jurado Fabara, **JUEZ NACIONAL**; f) Dra. Zulema Pachacama Nieto, **JUEZ NACIONAL.-** Certifico: f) Dra. Ximena Quijano Salazar, Secretaria Relatora.

CERTIFICO: Las cinco (5) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito, 3 de enero del 2017



Dra. Ximena Quijano Salazar
SECRETARIA RELATORA

JUICIO No. 1985-2014
RESOLUCION No. 1586-2016
RECURSO: CASACION
PROCESADO: José Guillermo Osorio Travez
DELITO: TENENCIA Y POSESION ILICITA DE SUSTANCIAS

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. - SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRANSITO.- Quito, lunes 5 de septiembre del 2016, las 11h37.- VISTOS:

I. ANTECEDENTES PROCESALES.-

1.1 El Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, el 23 de junio de 2014, las 10h33, dictó sentencia condenatoria en contra de José Guillermo Osorio Travez, como autor del delito de tenencia y posesión de marihuana, tipificado y sancionado en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en concordancia con el artículo 42 del Código Penal; por lo que se le impone la pena de DOCE AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR EXTRAORDINARIA, y multa de sesenta salarios mínimos vitales. Sin embargo, de conformidad con lo previsto en el artículo 72 del Código Penal, se reduce la pena a OCHO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA¹.

1.2 De esta sentencia, el procesado José Guillermo Osorio Travez, interpone recurso de apelación, cuyo conocimiento recayó en la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, que el 20 de noviembre de 2014, las 14h34, resolvió por unanimidad, aceptar el recurso de apelación, revocar la sentencia venida en grado, y, en su lugar, ratificar el estado de inocencia del señor José Guillermo Osorio Travez².

1.3 El doctor Franklin Morocho Toapanta, Fiscal de lo Penal de Cotopaxi, interpone oportunamente, recurso de casación, de la sentencia emitida por el tribunal de segunda instancia.

II. ANTECEDENTES DE HECHO.-

¹ Cuaderno del Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, fs. 132-136

² Cuaderno de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, fs. 28-31

2.1 El 18 de junio del 2013, se presentó ante la Unidad de Antinarcóticos de Cotopaxi una denuncia ciudadana en la que se informaba que el señor José Guillermo Osorio Travez, alias “Guillo”, expendía drogas en las afueras de Universidad Técnica de Cotopaxi, razón por la cual, se inicia la vigilancia al mencionado ciudadano.

2.2 El 26 de julio de 2013, las 15h30, gendarmes de la Unidad Antinarcóticos dieron seguimiento al señor José Guillermo Osorio Travez, quien salió de su domicilio y se dirigió hacia la parada de buses interprovinciales ubicada en la Av. Río Cutuchi y Río Langola, sector San Felipe, sitio en el que tomó contacto con la señora Ana Lucía Olalla Cando y juntos abordaron el vehículo de transportes TOA, con destino a la ciudad de Quito, arribando al terminal terrestre de esta última ciudad a las 17h25, aproximadamente. Utilizando el sistema de transporte público, a las 18h10, llegan hasta Cotacollao, e ingresan al Centro Comercial Aeropuerto. Hacia las 19h45 acceden a los baños del Centro Comercial, permaneciendo allí 15 minutos. Posteriormente, a las 20h40, retornan al terminal terrestre de Quitumbe, donde abordan nuevamente un bus de la Cooperativa TOA.

2.3 En la entrada del sector Saquisilí, personal de la policía realiza un operativo de control en el bus en el que viajaban José Guillermo Osorio Travez y Ana Lucía Olalla Cando, sentados en los asientos 29 y 30, respectivamente, encontrando en poder del señor José Guillermo Osorio Travez, una mochila de color rojo, blanco y negro, que contenía una funda plástica de color negro, en cuyo interior se encontró una sustancia vegetal verdosa, posible droga, seis fundas plásticas transparentes, con una sustancia vegetal verdosa, un descogollador de metal con el logotipo pica (molino) con una sustancia vegetal verdosa, un paquete de fundas plásticas transparentes, una pipa artesanal y una fosforera.

2.4 Al realizar las respectivas pruebas de campo, mediante los correspondientes reactivos químicos, se obtiene como resultado preliminar, que la sustancia verdosa encontrada en posesión del hoy procesado señor José Guillermo Osorio Travez, es marihuana, con un peso neto de 120,53 gramos.

III. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.-

3.1 De conformidad con las resoluciones No. 01-2015 y No. 02-2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia; el acta de sorteo de la Sala Especializada de lo Penal de 28 de enero de 2015; y, el sorteo de ley efectuado el 10 de febrero del 2015, las 09h41, el Tribunal de Casación, está integrado por la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional, quien actúa como ponente en atención a lo dispuesto

en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial³; la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional; y, el doctor Jorge M. Blum Carcelén, Juez Nacional.

3.3 Las Juezas y Juez Nacionales actuantes, somos competentes para conocer la presente causa, en atención a lo dispuesto en los artículos 184.1 y 76.7.k) de la Constitución de la República; 184 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, reformados por la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013; 349 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, vigente hasta el 9 de agosto de 2014; y, de conformidad a las resoluciones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia Nos. 01-2015 y 02-2015, de 28 de enero de 2015.

IV. DEL TRÁMITE.-

Por la fecha en que se ha presentado el recurso de casación corresponde aplicar el Código de Procedimiento Penal del año 2000, con sus reformas del 24 de marzo de 2009, y siguientes; en cumplimiento con la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal⁴, publicado en el Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014.

V. VALIDEZ PROCESAL.-

El presente recurso se ha tramitado conforme a lo establecido en los artículos 75 y 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador y las reglas generales de impugnación dispuestas en los capítulos I y IV del Título Cuarto del Código de Procedimiento Penal. Por lo que, al no existir vicios de procedimiento, ni omisión de solemnidades sustanciales, habiéndose observado las garantías del debido proceso, este Tribunal declara la validez de lo actuado.

VI. INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LA SUSTANCIACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.-

³ Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 141.- Siempre que la resolución deba ser dictada por un tribunal, existirá una jueza o juez ponente.

⁴ Código Orgánico Integral Penal, DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA: Los procesos penales, actuaciones y procedimientos de investigación que estén tramitándose cuando entre en vigencia este Código, seguirán sustanciándose de acuerdo con el procedimiento penal anterior hasta su conclusión, sin perjuicio del acatamiento de las normas del debido proceso, previstas en la Constitución de la República, siempre que la conducta punible esté sancionada en el presente Código.

6.1 Fiscalía General del Estado⁵

El doctor Raúl Garcés Llerena, delegado de la Fiscalía General del Estado, fundamenta el recurso de casación, indicando en lo principal:

- Existe violación a la ley, ya que el juzgador de instancia, en el considerando Octavo de la sentencia impugnada, expone una inexacta valoración jurídica del caso, al interpretar erróneamente el artículo 364 de la Constitución de la República, al considerar que el procesado es una persona enferma, con adicción a la marihuana; sin embargo, en el examen psicosomático, el perito estableció que el señor José Guillermo Osorio Travez es un consumidor, pero concluyó que la cantidad de 121,53 gramos de marihuana, eran excesivos para el consumo inmediato.
- En la sentencia objetada, se violó el artículo 22, inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal, por haber sido invocado en la decisión del tribunal de segunda instancia, pese a no ser aplicable al caso.
- Se interpretó erróneamente el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas, al concordarla con lo dispuesto en el artículo 66.5 de la Constitución de la República, porque la Corte de Apelaciones entiende que el consumo de estupefacentes se garantiza como derecho ciudadano el libre desarrollo de la personalidad, sin considerar que la tenencia de droga es un delito contra la salud pública.
- Solicita se case la sentencia y se declare al procesado, señor José Guillermo Osorio Travez, autor responsable del delito tipificado en los artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas y 220 del Código Orgánico Integral Penal.

6.2 José Guillermo Osorio Travez⁶

La doctora Lolita Montoya, defensora pública del procesado señor José Guillermo Osorio Travez, contesta a la fundamentación presentada por Fiscalía, manifestando en lo principal que:

- El Tribunal de Apelaciones aplicó el artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador, al existir pruebas de que el procesado, señor José Guillermo Travez, era una persona fármaco dependiente, verificándose que la cantidad encontrada en su poder, 121 gramos de marihuana, no era para su consumo inmediato, sino para ser consumido en el lapso de dos semanas, tal como lo establece el perito.

⁵ Expediente de la Corte Nacional de Justicia, acta de la audiencia de fundamentación del recurso, f. 6

⁶ *Ibíd.*, fs. 6 vta., 7

- La Corte se extendió en la aplicación del artículo 364 de la Constitución de la República, porque analiza el por qué se ratifica el estado de inocencia, en atención a los hechos probados en juicio, es decir, los motivos que llevaron a la detención del ciudadano. En el considerando Octavo, el tribunal de segunda instancia explica que Fiscalía no realizó una investigación prolija de los hechos, y la motivación de los juzgadores A-quo se basó en el seguimiento que le hicieron al hoy procesado, desde la ciudad de Latacunga hasta el Centro Comercial Aeropuerto, en la ciudad de Quito, donde aparentemente hubo un cambio de mochilas, en el que se adquirió la droga, advirtiéndose que la investigación era insuficiente, porque Fiscalía y la Policía no actuaron de forma oportuna, en el momento mismo de la transacción, generándose duda.
- Fiscalía alegó que existe violación a la ley, en la forma de errónea interpretación del artículo 364 de la Constitución de la República, que se produce cuando los juzgadores realizan un análisis de la condición de adicto del procesado, que es precisamente la razón por la que no existe vulneración a bien jurídico protegido alguno, siendo la conducta del señor José Guillermo Travez, irrelevante para el Derecho Penal
- En cuanto a la violación del artículo 22 del Código Orgánico Integral Penal, del que se ha dicho que no es aplicable, no se ha indicado de qué forma se violó esta norma, simplemente enunciándola.
- En relación con la errónea interpretación del artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas, el delegado de Fiscalía no explicó cómo el Tribunal de Apelación interpretó erróneamente la norma, porque en el considerando Octavo de la sentencia recurrida, los juzgadores establecen que no existe prueba suficiente para condenar, debido a la mala investigación realizada por Fiscalía y la Policía.
- Es obligación del casacionista fundamentar el recurso extraordinario de conformidad con el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, lo que no ha logrado Fiscalía, al enunciar normas sin determinar cómo influyeron en la decisión de la causa.
- Solicita se rechace el recurso interpuesto, por falta de fundamentación, ya que la sentencia se encuentra debidamente motivada.

VII. CONSIDERACIONES JUÍDICAS RESPECTO AL DERECHO A RECURRIR Y AL RECURSO DE CASACIÓN.-

7.1 La Constitución de la República, en el artículo 76.7.m), establece que: *“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso*

que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”

7.2 El derecho de recurrir de las decisiones judiciales, se encuentra garantizado en el artículo 8.2.h) de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que dice: *“Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”*.

7.3 La Corte Constitucional, respecto al derecho a recurrir, en sentencia No. 095-14-SEP-CC, dictada el 4 de junio de 2014, dentro del caso No. 2230-11-EP, ha señalado que: *“La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir, al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad”*

7.4 El Código de Procedimiento Penal, vigente hasta el 09 de agosto de 2014, aplicable al presente caso, en el artículo 349 establece: *“Causales.- El recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación.*

No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba.”. Por su parte, el artículo 324 del Código Adjetivo Penal, consagra el principio de legalidad de los recursos, en virtud del cual, “las providencias son impugnables solo en los casos y formas expresamente establecidos en este Código.”

7.5 En este contexto, cabe indicar, que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, tal como lo afirma Orlando Rodríguez, *“La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente consagra el sistema jurídico*

positivo; no existen causales distintas”⁷ o como lo sostiene Luis Tolosa Villabona, la casación solo, “se puede formular por causales precisas previstas en la ley de forma expresa”⁸.

7.6 En este sentido, la contravención expresa del texto se presenta cuando el juzgador, por omisión deja de utilizar determinada disposición jurídica, que es necesaria para la resolución de un caso concreto, resolviendo en contra de su mandato; por su parte, la indebida aplicación, ocurre cuando el juzgador yerra al resolver un caso en concreto, por aplicar una norma que no resulta pertinente para la resolución; y, finalmente, existe errónea interpretación, cuando el juzgador aplicando la disposición pertinente para la resolución del caso en concreto, le da un sentido y alcance diferente al expresado por su tenor literal⁹.

7.7 La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, a través de sus Tribunales de Casación, al definir los parámetros para analizar el recurso de casación, ha establecido que “Ningún recurso de casación podrá ser procedente, si el recurrente no exterioriza las razones jurídicas de las que se cree asistido, para elaborar los cargos que presenta al Tribunal. Esta actividad, que se conoce como argumentación jurídica, consta de tres componentes básicos: a) Determinación de la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; b) Confrontación entre el razonamiento del juzgador sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica, que se considera ha provocado un error de derecho, y aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debería haber realizado; y, c) Explicación de la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada”¹⁰.

7.8 La Corte Constitucional al analizar el recurso de casación, en materia penal, en sentencia No. 001-13-SEP-CC, dictada el 6 de febrero de 2013, dentro del caso 1647-11-EP, determinó que: “...al momento de resolver el recurso se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que los jueces tengan competencia para analizar temas de mera legalidad, que ya fueron resueltos y discutidos en las instancias inferiores, como por ejemplo el análisis de informes periciales, o la procedencia y valoración de pruebas, ya que si esto fuera así se desconocería la independencia

⁷ Orlando Rodríguez Ch., *Casación y Revisión Penal*, Temis, Bogotá, 2008, pág. 67

⁸ Luis Armando Tolosa Villabona, *Teoría y Técnica de la Casación*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá-Colombia, 2005, p. 112

⁹ Véase jurisprudencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, juicio No. 863-2014, que por delito de violación se siguió en contra de Roberto Carlos Aguirre Cuasés.

¹⁰ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, Proceso Penal No. 444-2014, que por delito de abuso de confianza se siguió en contra de María Inés Quishpe Pomatoca.

interna de los jueces y tribunales de garantías penales garantizada en la Constitución de la República en el artículo 168 numeral 1 (...)”

7.9 En concordancia con la jurisprudencia señalada, varios doctrinarios se han ocupado de definir al recurso de casación, en similares términos, así, respecto a la naturaleza y alcance del recurso de casación, Luis Cueva Carrión señala que: “...el recurso de casación resuelve la pugna que existe entre la ley y la sentencia, no entre las partes...”¹¹. Fernando de la Rúa, precisa que: “es un instituto procesal, un medio acordado por la ley para impugnar, en ciertos casos y bajo ciertos presupuestos, las sentencias de los tribunales de juicio, limitadamente a la cuestión jurídica”¹², mientras que, Fabio Calderón Botero, expresa que: “la casación penal es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo, contra sentencias definitivas que acusan errores de juicio o de actividad, expresamente señalados en la ley, para que un tribunal supremo y especializado las anule, a fin de unificar la jurisprudencia, proveer a la realización del derecho objetivo, denunciar el injusto y reparar el agravio inferido”¹³ y también señala, parafraseando a Piero Calamandrei que: “La casación no puede ser atendida sino por un tribunal especializado, y no implica una tercera instancia; es una prolongación extraordinaria del juicio para intentar el quebrantamiento del fallo, y no se basa sobre el derecho a obtener una nueva instancia, sino sobre el derecho a conseguir la anulación de una sentencia por determinados vicios inherentes a ella”¹⁴.

7.10 De los criterios jurídicos antes expuestos, se establece, que el recurso de casación se caracteriza por su tecnicismo y excepcionalidad, en tanto, se dirige y limita, a analizar la sentencia de segunda instancia, a fin de determinar si en ella se ha violado la ley, por alguna de las causales expresamente determinadas en la normativa adjetiva penal –contravención expresa, indebida aplicación, errónea interpretación-, son solo estos errores “*in iudicando*”, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de Casación, sin que tenga competencia, para resolver y pronunciarse sobre otros errores, relativos a la tramitación de la causa, conocidos como errores “*in procedendo*”, los cuales tienen una vía de impugnación distinta a la de casación, esto es, nulidad y apelación, y más aún cuando, en el actual sistema procesal penal, previo a interponerse el recurso de casación, inexorablemente debió haberse agotado el recurso de apelación –segunda instancia-, ergo, existe ya un pronunciamiento, sobre aspectos relativos a errores en el proceso penal, y sobre los cuales no cabe volver, al encontrarse ya

¹¹ Luis Cueva Carrión, *La Casación en Materia Penal*, Ediciones Cueva Carrión, 2da Edición, Quito, 2007, p. 146

¹² Fernando de la Rúa, *El Recurso de Casación*, Víctor P. de Zavallía Editores. Buenos Aires, Argentina. Año 1968. p. 20

¹³ Fabio Calderón Botero, *Casación y Revisión en materia penal*, Segunda edición, Ediciones librería del profesional, Bogotá, p. 2

¹⁴ *Ibíd.*, p. 4

precluida dicha etapa procesal. Además, debe precisarse que en sede casación, por imperativo legal, está prohibido volver a valorar prueba.

VIII. PROBLEMAS JURÍDICOS A SER RESUELTOS POR EL TRIBUNAL.-

8.1 Requisitos para que el recurso de casación sea procedente: El recurso de casación exige que el casacionista identifique un error de derecho de conformidad con las causales previstas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, señale dónde se encuentra el yerro de la norma sustancial, en el análisis de la sentencia de segunda instancia; y, explique cómo dicho error, influyó en la decisión de la causa. Los pedidos tendientes a valorar nuevamente la prueba, se encuentran expresamente prohibidos.

8.2 Calificación de dependiente de una persona, de conformidad con el artículo 63 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas: En concordancia con los artículos 66.5 y 364 de la Constitución de la República del Ecuador, el consumo personal ocasional, habitual o problemático de sustancias estupefacientes y/o psicotrópicas, no debe ser criminalizado. Sin embargo, para establecer la condición de dependencia de una persona procesada por un delito relacionado con el tráfico ilícito de sustancias sujetas a fiscalización, es necesario considerar todos los elementos previstos en el artículo 63 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

8.3 Aplicación del principio de favorabilidad: El principio de favorabilidad, es una excepción a la prohibición constitucional de irretroactividad de la ley en materia penal. De promulgarse una ley sustancial, procesal o de ejecución, posterior más benevolente, ésta debe ser aplicada en beneficio de la persona procesada.

IX. ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

9.1 Para que el recurso de casación, que es de carácter extraordinario, sea declarado procedente, requiere que el casacionista cumpla en su fundamentación, de manera irrestricta, con todos los elementos exigidos legalmente. *“La casación es un recurso formalista, es decir, impone al recurrente, al estructurar la demanda con la que sustenta, el inexorable deber de observar todas las exigencias que exige la técnica de la casación, a tal punto que el olvido o desprecio de ellas conduce a la frustración del recurso y aún el rechazo in limine del correspondiente libelo”¹⁵.*”

¹⁵ Humberto Murcia Ballén, *Recurso de Casación Civil*, Ediciones Jurídicas, Gustavo Ibáñez, sexta edición, Bogotá, 2005, p. 71

Por otra parte, la tecnicidad que caracteriza al recurso de casación, impone sobre el recurrente la necesidad de establecer la causal por la que se ha violado la ley en la sentencia; criterio que ha sido ratificado por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en los siguientes términos:

“Por el principio dispositivo, establecido en los artículos 168.6 de la Constitución de la República y 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, es obligación de quien impugna una sentencia vía recurso de casación, especificar en qué error de derecho ha incurrido el juzgador al dictar la sentencia, señalando detalladamente qué norma jurídica, qué artículo de la ley, ha sido violado y en qué forma, así como determinar cómo esta violación ha incidido en la sentencia, tanto que si no se hubiera cometido, otra hubiera sido la decisión judicial¹⁶.”

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de casación es procedente *“cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación”*. Al ser la casación un recurso extraordinario, que requiere una motivación técnica en su interposición, el recurrente debe señalar qué norma ha sido violada y encuadrar dicha violación en alguna de las tres causales previstas en el artículo *ejusdem*, por lo que es obligación del recurrente establecer con exactitud si en la sentencia impugnada se produjo una violación a la ley por: **a)** contravención expresa de su texto; **b)** indebida aplicación; o, **c)** errónea interpretación.

Siendo que cada una de ellas se configura con elementos específicos, el casacionista debe clarificar en su exposición en qué tipo de violación a la ley ha incurrido el Tribunal de Apelación. No es procedente, por tanto, acusar la violación, por las tres causales simultáneamente, de una norma jurídica invocada en la sentencia. Por ejemplo, indebida aplicación y errónea interpretación del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal; ni puede, así mismo, exhortar una causal diversa de las expresamente señaladas por la ley.

9.2 En el caso *sub júdice*, el delegado de Fiscalía y casacionista, alegó en la audiencia de fundamentación del recurso, tres cargos específicos, que en lo principal podrían reducirse de la siguiente manera:

¹⁶ Ecuador, Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, Recurso de Casación, juicio No. 0311-2013-VR, el ciudadano Carlos Lautaro Torres Noboa contra la ciudadana Martha Cecilia Espín Maya y el ciudadano Lars Jorgen Krarup, de 8 de mayo de 2014. Las 09h00.

1. Violación del artículo 22, inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal¹⁷, por haber sido invocado en la decisión del tribunal de segunda instancia, pese a no ser aplicable al caso.
2. Errónea interpretación del artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes¹⁸ y Psicotrópicas, al haberla concordado con lo dispuesto en el artículo 66.5 de la Constitución de la República¹⁹; y,
3. Errónea interpretación del artículo 364 de la Constitución de la República²⁰, al considerar que el procesado es una persona enferma, con adicción a la marihuana, cuando el perito estableció que la cantidad de marihuana encontrada en posesión del procesado (121,53 gramos de marihuana), eran excesivos para consumo personal.

En cuanto a la primera acusación, no se ha precisado: a) El supuesto yerro de derecho en el que incurrió el tribunal de apelación, debido a que la simple mención de artículos no satisface este requerimiento; b) La causal según la cual se habría configurado la violación a la ley; y, c) La forma en la que dicho error influyó en la decisión de la causa; razón por la cual, no puede prosperar, por incumplir los requisitos legalmente exigidos para la interposición del recurso.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Nacional ha señalado que: *“Para la procedencia del recurso de casación en el ámbito penal, es imprescindible que en la fundamentación se determinen con certeza los cargos contra la legalidad de la sentencia impugnada, vale decir, que se especifique la violación de la norma en cualesquiera de las hipótesis fijadas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal”*²¹.

En relación con las normas legales y constitucionales, que Fiscalía alega violadas en la forma de errónea interpretación, vale precisar que este tipo de error *in iudicando* se produce cuando el juzgador

¹⁷ “Art. 22.- Conductas penalmente relevantes.- Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables.

No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales”.

¹⁸ “Art. 62.- Sanciones para la tenencia y posesión ilícitas.- Quienes sin autorización legal o despacho de receta médica previa, posean o tengan, con su consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título, o que esté bajo su dependencia o control, serán sancionados con la pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales”.

¹⁹ “Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás”.

²⁰ “Art. 364.- Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos.

En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales.

El Estado controlará y regulará la publicidad de alcohol y tabaco”.

²¹ Gaceta Judicial, Año CV, Serie XVIII. No. 1, p. 186.

le asigna a la norma un sentido que no tiene, ampliando o restringiendo su contenido. Entonces, es deber del casacionista establecer cuál es el sentido que rebasó lo dispuesto por la norma y que originó su violación.

Dentro del razonamiento fáctico-jurídico que caracteriza las decisiones judiciales, es imprescindible concordar el marco jurídico que sustenta la resolución de una causa, con la Constitución de la República, ya que por el principio de supremacía, *“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico”*²²...”. Además, en un Estado que se proclama como constitucional de derechos y justicia²³, la dogmática penal debe desarrollarse en armonía con la axiología constitucional, de modo que se logre equilibrio entre las normas sustanciales de Derecho Penal y la obtención de resultados justos²⁴.

En este sentido, concordar los tipos penales aplicables al caso concreto, con las disposiciones constitucionales vigentes (que incluye a los tratados de derechos humanos que ofrezcan un mejor estándar de protección de los derechos, de conformidad con el artículo 426 de la Constitución de la República del Ecuador), no constituye una errónea interpretación de la ley, imputable al juzgador; por el contrario, es un ejercicio de racionalidad exigido en el ámbito jurisdiccional, para garantizar decisiones que gocen de eficacia jurídica. De este modo, la segunda alegación propuesta por el delegado de Fiscalía General del Estado, doctor Raúl Garcés Llerena, es infundada.

Finalmente, en relación con la errónea interpretación del artículo 364 de la Constitución de la República, porque se ha estimado erróneamente que el procesado es un consumidor de sustancias estupefacientes, debe distinguirse que esta disposición constitucional prescribe una obligación estatal positiva, así como negativa de hacer. Una obligación de actuar, cuando se dice que: *“Al Estado le corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos”*. Y, un mandato de no hacer: *“En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales”*.

²² Constitución de la República del Ecuador, artículo 424

²³ *Ibíd.*, artículo 1

²⁴ Cfr. Carlos Gómez Pavajeau, *Introducción al Derecho Penal Constitucional*, Ediciones Nueva Jurídica, 2015, p. 259

No procede, en el caso *in examine*, la violación al artículo *ejusdem*, ni por errónea interpretación u otra de las causales previstas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, porque la disposición constitucional no determina las reglas para calificar a una persona como dependiente a una sustancia, sino que establece cuál debe ser el proceder estatal frente a quien se encuentra en dicha condición. Ergo, esta última alegación, como las demás presentadas por el casacionista, se rechaza por improcedente.

9.2 Una vez resueltas las alegaciones del recurrente, conviene señalar que el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, faculta al Tribunal de Casación, a casar de oficio la sentencia objetada, en concordancia con el principio *iura novit curia*, consagrado en el artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, que expresamente señala:

“La jueza o el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes. Esta última disposición no será aplicable cuando en esta forma se puedan vulnerar derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos”.

En este contexto, el Tribunal de Casación, procede a analizar la sentencia impugnada, para garantizar que la sentencia no adolezca de errores de derecho.

9.3 Consta en el considerando Sexto de la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, que el tribunal Ad- quem reflexiona lo siguiente:

*“...por lo que resulta inadecuado que el titular de la acción penal pública haya emitido dictamen acusatorio, sin tomar en cuenta el examen psicosomático realizado a José Guillermo Osorio Trávez por el Dr. Roberto Fabián Yanchapanata Galora, quien determina que el procesado es un adicto crónico con tendencia al incremento por su adicción de más de quince años, por lo que, en el juicio se ha criminalizado una conducta atípica, pues, como se tiene dicho, **la condición de dependencia a las drogas es calificada desde el punto de vista médico y legal, como una enfermedad, lo que excluye toda estimación relacionada a un delito.** Asimismo, no se ha demostrado que el caso en relación a José Guillermo Osorio Trávez se trate de tráfico o de expendio, pues la droga incautada, a falta de*

información en contrario, se estima era considerada para el consumo del procesado... ”. [Las negrillas no pertenecen al texto original]

En el apartado *ut supra*, así como en el desarrollo íntegro de su razonamiento jurídico, la Corte de Apelaciones sostiene su decisión en lo dispuesto en los artículos 66.5²⁵ y 364²⁶ de la Constitución de la República del Ecuador, esto es, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la posición estatal frente a las adicciones y los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

La única limitación al derecho al libre desarrollo de la personalidad, es el derecho de los otros, por lo que este derecho tiene múltiples expresiones. Una de ellas, como sostiene el tribunal Ad-quem, es el derecho a consumir sustancias sujetas a fiscalización, esfera en la que no debe intervenir el Estado, a menos que su uso produzca un desmedro en el derecho de un tercero, como cuando la cantidad de la sustancia sujeta a fiscalización en posesión de una persona, constituye un peligro potencial para la salud pública, por sobrepasar los límites del consumo personal inmediato.

En este sentido, respecto al contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, el jurista Socia Sacio indica que: ***“...el libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental más bien genérico que permite realizar todas aquellas cosas que se desee, siempre que no existan prohibiciones con sustento constitucional en contra; además, al definir algo tan importante como los límites entre la libertad humana y el poder político, este reconocimiento deberá estar determinado por la propia Constitución. En suma, a partir de la cláusula de derechos no escritos se permite el reconocimiento de ámbitos específicos de humanidad, mientras que con el derecho de libre desenvolvimiento de la personalidad se protegen genéricas libertades de acción; asimismo, la determinación de derechos no escritos es un tarea que corresponde sobre todo a los jueces, mientras que la existencia de la libertad general de acción es una tarea que compete exclusivamente al constituyente²⁷”.***

²⁵ “Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás”.

²⁶ “Art. 364.- Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos. En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales.

El Estado controlará y regulará la publicidad de alcohol y tabaco”.

²⁷ Juan Manuel Sosa Sacio, Derechos Constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad, http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/31477750/JM_Libro_No_enum_y_libre_desarrollo_2009.pdf?AWSAccessKeyId=A

En concordancia con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el Estado asume la obligación positiva de brindar tratamiento a los consumidores de sustancias sujetas a fiscalización y otras de curso legal como el tabaco y el alcohol, prohibiendo de manera expresa su criminalización, razón por la cual, las personas dependientes no incurrir en la conducta típica descrita en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Hasta aquí, el análisis del juzgador es correcto y apegado a las normas legales y constitucionales vigentes a la fecha de ocurridos los hechos; sin embargo, el error de derecho en el que incurrió el tribunal de segunda instancia, se constata al observar los elementos que deben cumplirse para que una persona pueda ser calificada como dependiente, según prescribe el artículo 63 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, que dice:

“Art. 63.- Calificación de la persona dependiente.- El estado de dependencia de una persona respecto al uso de sustancias sujetas a fiscalización se establecerá, aún antes de juicio, previo peritaje de los médicos legistas de la Procuraduría General del Estado, quienes tendrán en cuenta la naturaleza y la cantidad de las sustancias que han producido la dependencia, el grado de ella y el nivel de tolerancia que hagan indispensable la dosis poseída, y la historia clínica del afectado, si la hubiere”. [Las negrillas no pertenecen al texto original]

Es un hecho probado en juicio, que la naturaleza de la sustancia que se encontró en posesión del señor José Guillermo Osorio Travez, era marihuana, en la cantidad de 120,53 gramos. La condición de dependiente atribuida al procesado, a la sustancia encontrada en su posesión, se estableció con el examen psicosomático realizado por el doctor Roberto Yanchapata Galora, quien diagnosticó que el señor José Guillermo Osorio Travez es un adicto crónico con tendencia al incremento de su adicción de más de quince años, **aunque la cantidad de 120,53 gramos no es compatible para un consumo inmediato, la que podría ser consumida en aproximadamente dos semanas.**

En el caso concreto, el procesado recurrente fue encontrado en posesión de una sustancia estupefaciente regulada, cuya cantidad rebasa la dosis indispensable para su consumo²⁸, requisito exigido por el artículo 63 *ejusdem* para impedir el procesamiento penal, en atención a su condición de dependencia. Esta circunstancia, incluso impidió al médico legista precisar con exactitud el tiempo en

KIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1471974689&Signature=LxSPvJCwfd2AC03X%2FYifQxe58EI%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DDerechos_constitucionales_no_enumerados.pdf, acceso: 23/08/16

²⁸ Debe además considerarse como referencial, la tabla de consumos mínimos de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, publicada en Registro Oficial No 19, Segundo Suplemento, de 20 de junio de 2013.

que dicha sustancia podría ser consumida, motivo por el cual la conducta de José Guillermo Osorio Travez rebasa el ámbito de actuación que protege el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad.

Entonces, corresponde declarar al señor José Guillermo Osorio Travez, autor del delito de tenencia y posesión ilícita de sustancias estupefacientes, tipificado en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en concordancia con el artículo 42 del Código Penal, imponiéndole la pena de DOCE AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR EXTRAORDINARIA; y, al pago de 60 salarios mínimos vitales. En atención a las atenuantes probadas en juicio, prescritas en el artículo 29.6.7 del Código Penal²⁹, la pena modificada que deberá cumplir el procesado, es la de OCHO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA.

9.4 El 10 de febrero de 2014, se publicó en el Registro Oficial Suplemento 180 el Código Integral Penal, nuevo cuerpo legal que rige la material penal sustantiva, adjetiva y de ejecución. El Código Orgánico Integral Penal, de conformidad con su disposición final, entró en vigencia el 10 de agosto del 2014, esto es, ciento ochenta días contados a partir de su publicación en el Registro Oficial. Habiéndose cumplido el plazo establecido en la disposición final, a la presente causa debe aplicarse las disposiciones del Código Orgánico Integral Penal que sean pertinentes y concordantes con el marco jurídico constitucional.

El artículo 5.2 del Código Orgánico Integral Penal, prescribe lo siguiente: *“El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios: 2. Favorabilidad: en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción”*.

Acerca del principio de favorabilidad, los tratadistas Maximiliano Rusconi y Luigi Ferrajoli, se han expresado en los siguientes términos: *“...cualquier ciudadano tiene el derecho de beneficiarse de las posteriores valoraciones sociales que consideren su accionar menos lesivo, merecedor de una pena*

²⁹ “Art. 29.- Son circunstancias atenuantes todas las que, refiriéndose a las causas impulsivas de la infracción, al estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto al acto y sus consecuencias, disminuyen la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada en la sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor, como en los casos siguientes:

60.- Ejemplar conducta observada por el culpado con posterioridad a la infracción;

70.- Conducta anterior del delincuente que revele claramente no tratarse de un individuo peligroso;”

menor...es factible una aplicación retroactiva de la ley más benigna³⁰.” Así, “...la ley penal más favorable al reo debe ser en efecto ultractiva respecto a la más desfavorable si es más antigua que ésta, y retroactiva si es más nueva³¹.”

El Código Orgánico de la Función Judicial consagra en sus artículos 4 y 5, respectivamente, el principio de supremacía constitucional y el de aplicabilidad directa e inmediata de la norma constitucional. Estos principios compelen a las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial, a aplicar las disposiciones constitucionales sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía³²; además, a aplicarlas directamente, conjuntamente con las normas previstas en los instrumentos de derechos humanos cuando éstas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente³³.

En concordancia con el artículo 5.2 del Código Orgánico Integral Penal, el artículo 76.5 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone: *“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora”*. En este mismo sentido, en su artículo 15.1, se pronuncia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por el Ecuador mediante Decreto Ejecutivo 37, publicado en el R.O. 101 de 24 de enero de 1969³⁴.

En cuanto al ámbito temporal de aplicación del principio de favorabilidad, el artículo 16. 2 del Código Orgánico Integral Penal, dispone: *“Los sujetos del proceso penal y las o los juzgadores observarán las*

³⁰ Rusconi Maximiliano, Derecho Penal, Parte General, 2da Edición Buenos Aires, Ad-hoc, 2009, p. 92

³¹ Ferrajoli Luigi, Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal, Editorial Trotta, 1995, p. 381

³² Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 4.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

³³ *Ibíd.*, artículo 5.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la Función Judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

³⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 15.1.- Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

siguientes reglas: 2. Se aplicará la ley penal posterior más benigna sin necesidad de petición, de preferencia sobre la ley penal vigente al tiempo de ser cometida la infracción o dictarse sentencia”.

Esta norma se vincula directamente al principio de celeridad, desarrollado en el artículo 20 del Código Orgánico de Función Judicial³⁵, en concordancia con el último inciso del artículo 19, que dice: “*Los procesos se sustanciarán con la intervención directa de las juezas y jueces que conozcan de la causa. Se propenderá a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, para lograr la concentración que contribuya a la celeridad del proceso*”. El principio de celeridad también se encuentra garantizado en el artículo 75 de la Constitución de la República³⁶, de los derechos de protección.

En el caso *in examine*, el procesado y recurrente José Guillermo Osorio Travez, fue sentenciado por este Tribunal de Casación, a ocho años de reclusión mayor ordinaria y al pago de una multa de sesenta (60) salarios mínimos vitales, por haberse encontrado en su posesión **ciento veinte coma cincuenta y tres gramos (120,53) de marihuana**. La decisión de este Tribunal, se fundamentó en lo establecido en los artículos 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y 42 del Código Penal (leyes vigentes a la fecha de cometimiento del delito), actualmente derogados por el Código Integral Penal, el mismo que ahora prevé, en su artículo 220, un nuevo tipo penal para sancionar la posesión ilícita de estupefacientes, en concordancia con la Resolución No. 002 CONSEP-CD-2014, del Consejo Directivo del Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, que contiene las “Tablas de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para sancionar el tráfico ilícito de mínima, mediana, alta y gran escala”, publicada en el Registro Oficial Segundo Suplemento, de 14 de julio de 2014.

En el caso de marihuana, la cantidad encontrada en posesión del procesado, corresponde a mínima escala, comprendida entre >0 a 300 gramos, según la Resolución No. 002 CONSEP-CD-2014, razón por la que corresponde aplicar el literal a) del artículo 220 del Código Integral Penal, que prescribe. -

³⁵ *Ibíd.*, artículo 20.- La administración de justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidido. Por lo tanto, en todas las materias, una vez iniciado un proceso, las juezas y jueces están obligados a proseguir el trámite dentro de los términos legales, sin esperar petición de parte, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario.

El retardo injustificado en la administración de justicia, imputable a las juezas, jueces y demás servidoras y servidores de la Función Judicial y auxiliares de la justicia, será sancionado de conformidad con la ley.

³⁶ Constitución de la República del Ecuador, artículo 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

“Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.- La persona que directa o indirectamente sin autorización y requisitos previstos en la normativa correspondiente:

1. Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectúe tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, en las cantidades señaladas en las escalas previstas en la normativa correspondiente, será sancionada con pena privativa de libertad de la siguiente manera:

a) Mínima escala de dos a seis meses.

b) Mediana escala de uno a tres años.

c) Alta escala de cinco a siete años.

d) Gran escala de diez a trece años”. [Las negrillas no pertenecen al texto]

Consecuentemente, la pena atenuada que efectivamente deberá cumplir el procesado señor José Guillermo Osorio Travez, es la de **CUARENTA (40) DÍAS DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD**, que corresponde al mínimo de la pena prevista en el tipo penal (6 meses), reducida en un tercio (20 días), de conformidad con lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal³⁷.

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, al tenor de lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, por unanimidad, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por Fiscalía, por falta de fundamentación. Se casa de oficio la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, por errónea interpretación del artículo 63 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; enmendando dicho error de derecho, se declara al procesado señor José Guillermo Osorio Travez, responsable del delito de tenencia y posesión ilícita de estupefacientes, tipificado y reprimido en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en el grado de autor, como lo establece el artículo 42 del Código Penal. Además, al pago de sesenta (60) salarios mínimos vitales. En aplicación del principio de favorabilidad, consagrado en los artículos 5.2 y 16.2 del

³⁷ “Art. 44.- Mecanismos de aplicación de atenuantes y agravantes.- Para la imposición de la pena se considerarán las atenuantes y las agravantes previstas en este Código. No constituyen circunstancias atenuantes ni agravantes los elementos que integran la respectiva figura delictiva. Si existen al menos dos circunstancias atenuantes de la pena se impondrá el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivos o modificatorias de la infracción. Si existe al menos una circunstancia agravante no constitutiva o modificatoria de la infracción, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio”.

Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con el artículo 220.1-A ibídem; la tabla de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para sancionar el tráfico ilícito de mínima, mediana y gran escala; y, a lo prescrito en el artículo 29.6.7 del Código Penal, en armonía con el artículo 44 del Código Integral Penal, se impone al señor José Guillermo Osorio Travez, la pena modificada de cuarenta (40) días de privación de la libertad. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen. **Notifíquese y cúmplase.**

f).- DRA. SYLVIA XIMENA SANCHEZ INSUASTI, JUEZA NACIONAL, f).- DR. JORGE BLUM CARCELEN, JUEZ NACIONAL. CERTIFICO.- DR. CARLOS IVAN RODRIGUEZ GARCIA, SECRETARIO RELATOR

. **CERTIFICO:** Las diez (10) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito, 3 de enero del 2017


Dra. Ximena Quijano Salazar
SECRETARIA RELATORA



CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR

JUICIO No. 0138-2016
RESOLUCION No. 1597-2016
RECURSO: CASACION
PROCESADO: Jorge Luis Guzmán Baquerizo
DELITO: FALSIFICACION DE FIRMA

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.

Quito, 6 de septiembre 2016, las 10h46

VISTOS: El sentenciado Jorge Luis Guzmán Baquerizo, interpone recurso de casación de la sentencia expedida por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena, el 18 de diciembre de 2015, a las 13h03, que desestima el recurso de apelación y confirma en todas sus partes la sentencia condenatoria dictada por el Primer Tribunal de Garantías Penales de Santa Elena, con fecha 15 de octubre de 2014, a las 10h34, que lo declaró culpable en el grado de cómplice, del delito contra la fe pública, establecido en el artículo 327 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, aplicando el principio de la favorabilidad; por las certificaciones de honorabilidad y de antecedentes penales, así como el arraigo social justificado, se le considera atenuantes del artículo 44 inciso segundo, en concordancia con el artículo 44.5.6 ibídem, esto es un año de pena, la que reducida a un tercio, se le impone OCHO MESES de pena privativa de libertad para la autora Lilian Lorena Ramírez Tómalá y CUATRO MESES de pena privativa de libertad para el cómplice Jorge Luis Guzmán Baquerizo. En cuanto a la situación jurídica de Julio Roberto Loureiro Ramírez, se confirma el estado de inocencia.

PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-

El Consejo de la Judicatura, en cumplimiento a lo dispuesto por la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 182, por el Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 173, y por la Resolución No. 341-2014, renovó parcialmente un tercio de las y los integrantes de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, y designó a las y los siete juezas y jueces quienes reemplazarán en sus funciones a las y los salientes.

El 26 de enero de 2015 el Consejo de la Judicatura posesionó a las y los juezas y jueces que se integran a la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución 01-2015, de 28 de enero de 2015, conformó sus seis Salas especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183 sustituido por la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, en sesión de 28 de enero de 2015, dio cumplimiento a lo dispuesto por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en la Resolución 02-2015, resultado de lo cual, mediante sorteo el presente Tribunal quedó integrado por el doctor Jorge Blum Carcelén, en calidad de Juez Nacional ponente, de conformidad con el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial; doctor Luis Enríquez Villares, Juez Nacional; y, doctor Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal, según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y Segunda Disposición Transitoria, en concordancia con la Ley reformativa al Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 38 de 17 de julio de 2013, que sustituye al artículo 183 ibídem, relativo a la conformación de Salas.

SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-

Revisado el trámite del presente recurso de casación, se observa que ha sido tramitado conforme las normas procesales del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal vigente; el artículo 76.3 y artículo 77 de la Constitución de la República del Ecuador, por lo que se declara la validez de lo actuado.

TERCERO: ANTECEDENTES DEL HECHO.-

Según la teoría expuesta por la representante de la Fiscalía, doctora Irene Cuenca Cango, quien manifestó lo siguiente: *“El martes 17 de diciembre del 2013, a eso de las*

17h45 aproximadamente son detenidos Loureiro Ramírez Julio Roberto y Guzmán Baquerizo Jorge Luis, los mismos que se encontraban al interior del Banco del Pichincha del paseo Shopping del Cantón La libertad, Provincia de Santa Elena, en circunstancias que pretendían cobrar un cheque que se encontraba girado a nombre de Oswaldo Roberto Pazmiño, dueño de la cuenta número 3135705404 y del cheque por la cantidad de USD. \$ 1.952.33 dólares; que al momento de hacer efectivo el cheque el cajero toma contacto con el dueño del cheque Oswaldo Robert Pazmiño solicitando autorización para el pago del cheque número 2219, el mismo que manifestó no haber autorizado el cobro y no haber firmado dicho cheque, por lo que al preguntarle quien es el que había entregado el cheque al ciudadano Guzmán Baquerizo Jorge Luis manifestó que fue Liliana Ramírez Tomalá, auxiliar de contabilidad de la planta frigorífica PESCOREA, que Pazmiño Solís Oswaldo Roberto, le había entregado pero en vista de que él no tenía cédula se le entregó al ciudadano Loureiro Ramírez Julio Roberto dicho cheque para realizar el cobro, el mismo que no es la primera vez sino que era la sexta vez que lo realizaba". Según la representante de la Fiscalía, esta conducta se encuadra en el delito tipificado en el artículo 339 del Código Penal, vigente al cometimiento de la infracción.

CUARTO: ANTECEDENTES PROCESALES.-

El 12 de Junio de 2015, a las 11h47, el Juez de Garantías Penales de Santa Elena, acogiendo el dictamen acusatorio de fiscalía, dicta auto de llamamiento a juicio en contra de Jorge Luis Guzmán Baquerizo, Lilia Lorena Ramírez Tomalá, en calidad de presuntos autores y en contra de Julio Roberto Loureiro Ramírez, en calidad de cómplice, del delito tipificado en el artículo 339 del Código Penal.

El Tribunal de Garantías Penales de Santa Elena, el 15 de octubre de 2015, a las 10h34, por tener la certeza de que se ha comprobado la existencia material de la infracción, como la responsabilidad y culpabilidad de los acusados, en el grado de autora a Lilian Lorena Ramírez Tomalá; a Jorge Luis Guzmán Baquerizo, en el grado de cómplice, en el delito contra la fe pública establecido en el artículo 327 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, y por el principio de favorabilidad le impone al primero de los nombrados la pena de ocho meses de pena privativa de libertad; y, para el segundo le impone cuatro meses de pena privativa de libertad; con relación a Julio Roberto Loureiro Ramírez, se confirma su estado de inocencia. Por no encontrarse de acuerdo con dicha sentencia Jorge Luis Guzmán Baquerizo, interpone recurso de apelación.

Con fecha 18 de diciembre de 2015, a las 13h03, la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena, por unanimidad resuelve rechazar el recurso de apelación interpuesto por el sentenciado Jorge Luis Guzmán Baquerizo, confirmando la sentencia venida en grado.

El 23 de diciembre de 2015, Jorge Luis Guzmán Baquerizo, solicita aclarar dicha sentencia, la que en providencia de 13 de enero de 2016, a las 10h03, es rechazado por los juzgadores provinciales.

Por no estar acorde a las aspiraciones del sentenciado, el 18 de enero de 2015, a las 15H45, interpone recurso de casación ante la Corte Nacional de Justicia.

QUINTO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.-

El doctor Diego Jaya, Defensor Público, en representación del recurrente Jorge Luis Guzmán Baquerizo, en síntesis expuso:

- ~ Que interpone recurso de casación, porque no se encuentra conforme con la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena, que confirma a su vez, la sentencia dictada por el Tribunal Penal de la misma provincia, que le impone la pena de cuatro meses de prisión a su defendido, aplicando el principio de favorabilidad, por cuanto del delito que se le acusa, es la falsificación de firmas de un cheque.
- ~ La causal en la que se fundamenta, es la contravención expresa del artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, ya que no existe la certeza de la existencia del delito, por el cual se acusa a su defendido, es decir que, no se ha roto el principio de inocencia.
- ~ Indica, que su defendido es detenido en el Banco de Pichincha de Santa Elena, cuando conjuntamente con el señor no recurrente, se encontraba tratando de cambiar un cheque, el cual resulta falsificado de acuerdo a las pericias realizadas por el perito, la firma se encuentra falsificada, sin embargo en la sentencia dictada por la Sala de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena, no se encuentra prueba alguna que determine que su defendido ha sido la persona que directamente ha impregnado su inscripción en el cheque, lo cual fue indubitado y simplemente se determina que el cheque no corresponde a la firma del dueño; pero no se hizo una pericia que determine que su defendido firmó el cheque, que no existe prueba en su contra y por lo tanto lo que debía haber hecho el Tribunal de instancia, es ratificar su estado de inocencia.

Concluye solicitando, se case a sentencia y, se ratifique el estado de inocencia de su defendido.

SEXTO: CONTRADICCIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.-

La doctora Paulina Garcés Cevallos, en representación del señor Fiscal General del Estado; en lo principal manifiesta:

- ~ La argumentación sobre el cual se fundamenta el presente recurso casacional, está dirigida hacia la no certeza sobre la participación por el delito que se acusa.
- ~ Que el Tribunal fundamenta su decisión de calificar como cómplice del delito previsto aplicando el principio de favorabilidad en el artículo 327 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, que en este caso, el Tribunal debió haberse referido al artículo 328 ibídem, que es aplicable a este caso y no al artículo 327, ya que trata sobre la falsificación de firmas, pero el artículo 328 se refiere sobre el uso doloso de estos documentos falsos, ya que en realidad se habla al inicio en la propia sentencia del artículo 339 del Código Penal anterior, es decir de las personas que usan estos documentos falsos, por lo que considera la Fiscalía, se ha generado un error de derecho en cuanto tiene que ver con la aplicación de la norma, existiendo una indebida aplicación del artículo 327 del Código Orgánico Integral Penal, cuando lo que corresponde, por favorabilidad, es aplicar el artículo 328 del mismo cuerpo legal, es decir, del Código Orgánico Integral Penal, en su inciso final que habla que el uso de los documentos falsos, sancionado con las mismas penas; esta es una observación que la fiscalía la señala por cuanto en la calificación jurídica existe un error en virtud de una inaplicación de la norma que corresponde.
- ~ Sobre los argumentos, que se ha planteado por el casacionista, no se centran exactamente en los temas casacionales, pues señala que no existe prueba suficiente del hecho y que por esto debía haberse ratificado el estado de inocencia; pero al decir que no existe prueba está haciendo una petición de revisión de nueva valoración probatoria y no es eso lo que corresponde para el presente recurso, por lo que, solicita sea declarado improcedente y de oficio, de acuerdo a la aplicación del principio de iura novit curia, debería rectificarse la norma del artículo 327 Código Orgánico Integral Penal, siendo en el presente caso, aplicable la contenida en la parte final del artículo 328 ibídem.

RÉPLICA.- Jorge Luis Guzmán Baquerizo, por medio de defensor público, doctor Diego Jaya, expuso:

- ~ Que al manifestar que no existe prueba, en ningún momento se pide que se la revalorice, no existiendo la misma, el Tribunal no puede revalorizar la prueba, considerando que es un contrasentido lo que ha manifestado la delegada del señor Fiscal General del Estado.
- ~ En cuanto a la calificación jurídica que hace la Fiscalía, manifiesta el recurrente, que el Tribunal Penal estableció que en base al artículo 329 del Código Penal anterior, es decir, que se refiere estrictamente a la tipicidad de la falsificación de cheques, que ya no existe; y, es por eso que se introduce en el artículo 327 del Código Orgánico Integral Penal, porque si se aplica la favorabilidad en caso de falsificación de cheques del artículo 329 del Código Penal, la conducta sería descartada del ordenamiento penal, entonces no se debió sentenciar a su defendido.

SÉPTIMO: INTERVENCIÓN DEL DOCTOR GUSTAVO LUDEÑA EN REPRESENTACIÓN DE LOS PROCESADOS NO RECURRENTES JULIO ROBERTO LOURERIO RAMÍREZ Y LILIAN LORENA RAMÍREZ TOMALÀ.-

Señala que en virtud de lo manifestado en la presente caso, no se han vulnerados los derechos de sus defendidos, solicitando que de aceptarse el recurso de casación, planteado por parte del hoy recurrente, se haga extensivo a favor de sus defendidos, de acuerdo al artículo 327 del Código de Procedimiento Penal, caso contrario se aplique la parte pertinente del artículo 358 ibídem.

SÉPTIMO: ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN.-

La casación, en materia penal, es un medio extraordinario de impugnación, contra sentencias en las que se hubiere violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación, como lo dispone el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. Este recurso se resuelve en función de aquellas normas que el casacionista ha considerado que han sido violadas dentro de la sentencia atacada que ha emitido el Juzgador de instancia, es por ello importante, que el recurrente mencione y fundamente claramente que normas específicas de la ley se han violado en el caso concreto, teniendo que ser esta violación, una de aquellas que se consideran como directas, es decir, que la contravención al precepto legal haya sido dada por contravención expresa, errónea interpretación e indebida aplicación de su texto, proveniente del acto volitivo del juez en el que, al utilizar el precepto legal, yerra

en el verdadero sentido y alcance de la norma jurídica, que lo lleva a inaplicarla o aplicarla de una manera incorrecta, no siendo admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba.

“La casación es uno de los recursos procesales, mediante el cual el ordenamiento jurídico busca proteger el derecho de impugnación que tiene todo ciudadano en contra de las decisiones que los administradores de justicia dictan en los procesos jurisdiccionales, derecho que no solo forma parte de las garantías del debido proceso constantes en la Constitución de la República, en su artículo 76.7. m), sino que además ha sido recogido por instrumentos internacionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos, la que en su artículo 8.2.h), manifiesta que toda persona inculpada de un delito tiene “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal.”¹

El recurrente señala que no está conforme con la sentencia emitida por la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena, que confirma la emitida por el Tribunal de Garantías Penales de la Libertad, sin esgrimir inicialmente ningún cargo conforme las causales establecidas en el antes referido artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, ya que el recurso de casación al ser eminentemente técnico y extraordinario, debe fundadamente el accionante señalar la causal, la sentencia atacada y la parte en la que considera se encuentra el error de derecho y cómo este influyó en la decisión de la causa, lo que no ha realizado el procesado.

El recurrente señala, que existe la contravención expresa del artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, al considerar que los jueces de instancia no han llegado a establecer mediante certeza, la existencia del delito por el que se acusa al sentenciado y no se ha roto el principio de inocencia, ya que únicamente fueron a cambiar un cheque y no existe prueba directa de que el procesado sea el autor de la falsificación, porque no lo firmó y por ello se debía de reconocer el estado de inocencia.

Al respecto, este tribunal considera, que al señalarse la contravención expresa como causal de casación, se debe entender que ha existido la aplicación de una norma que no corresponde, ni se ajusta al tipo penal por el que ha sido sentenciado, sin que haya fundamentado dicha causal y además también plantea la violación de una norma

¹ Corte Nacional de Justicia. Jurisprudencia Ecuatoriana Ciencia y Derecho. Período Enero-Diciembre 2012. Quito-Ecuador. P.180

procesal, lo que no es procedente porque el error de derecho, debe estar sustentado en la violación de una sustantiva y el artículo 304-A del adjetivo penal, se refiere a que no ha existido la certeza en la comprobación de la existencia del delito y de la responsabilidad del procesado, lo que no se ha producido en la presente causa, ya que, se ha establecido la existencia de la infracción y la participación del recurrente en los hechos que son objeto del proceso y que han sido descritos por los jueces de instancia en la sentencia atacada.

En el considerando cuarto, los jueces de instancia, describen y analizan según sus facultades los antecedentes del hecho y la aportación de las pruebas, indicando que: *“mediante parte policial N° 834, suscrito por los señores Cbop. de policía Juan Culqui Flores y Edgar Romero Mosquera, hacen conocer al fiscal de turno sobre la detención de Julio Roberto Loureiro Ramírez y Jorge Luis Guzmán Baquerizo, e indican que (...) por disposición de la central de radio (...) se trasladaron al lugar mencionado tomando contacto con el guardia de seguridad del Banco del Pichincha, José Suárez Rodríguez y con el jefe de seguridad del paseo shopping Enrique Siguencia Quiñonez, quien le manifestaron de un inconveniente en el interior del banco, tomando contacto con Oswaldo Pazmiño Solís, quien le manifestó que recibió una llamada de la agencia del Banco Pichincha, solicitando la autorización del cobro del cheque N° 2219 por la cantidad de \$1.952,33 dólares, acercándose a verificar dicha novedad ya que él no había autorizado el cobro del mencionado cheque (...) que los guardias tenían a dos ciudadanos que intentaron cobrar el cheque de nombres Julio Roberto Laureiro Ramírez y Jorge Luis Guzmán Baquerizo, este último indicó que se lo había entregado Liliana Ramírez Tomalá, auxiliar de contabilidad de la planta frigorífica Pescorea para que lo cobre pero como no tenía cédula se lo entregó a Julio Laureiro quien lo endosó para cobrarlo, indicando que no es la primera vez que realizan esta transacción con la mencionada señorita, sino que era la sexta vez”.*

La sentencia impugnada, también describe la prueba testimonial rendida por los miembros policiales Edgar Romero, Oswaldo Díaz y Juan Culqui, así como la prueba documental entre las que se encuentra el informe pericial documentológico practicado por el perito cabo de policía Oswaldo Díaz Velásquez, quien al rendir el testimonio en juicio indicó, que bajo la constancias técnicas determinó que la firma constante en dicho cheque proviene de diferente autoría gráfica; lo que es

corroborado por el testimonio de la víctima Oswaldo Roberto Pazmiño Solís, quien indicó que la firma constante en el cheque no le correspondía.

La sentencia de instancia también analiza el principio iura novit curia, así como varios fallos expresados por la Corte Nacional de Justicia, que se refieren a la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como el caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala, en el que se establece que tomando en consideración la calificación jurídica de los hechos, el tipo penal puede ser modificado sin afectar el derecho a la defensa, siempre y cuando no hayan variado los hechos con lo que han llegado a establecer la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado.

El artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, establece la casación de oficio, cuando la fundamentación del recurso haya sido equivocada, que es precisamente lo que ha ocurrido, ya que en la sentencia de instancia, establecemos que efectivamente se ha producido un error de derecho, al considerar los hechos como falsificación de cheque, cuando en realidad por los hechos fijados en la sentencia y por los cuales se ha desarrollado todo el proceso penal y han ejercido la defensa los procesados, corresponde al tipo penal de uso doloso de instrumento privado falso, porque de los hechos y de la prueba aportada en juicio descritos en la sentencia, se establece que los procesados fueron las personas que utilizando el cheque con la firma falsa de la víctima Oswaldo Roberto Pazmiño Solís, concurrieron a la institución bancaria a cobrar un cheque con la firma falsa de su girador, encuadrando su accionar en el tipo penal antes referido.

Los jueces de instancia confirman la sentencia emitida por el Primer Tribunal de Garantías Penales de Santa Elena, que condena al recurrente en el grado de cómplice del delito establecido en el artículo 327 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, aplicando además el principio de favorabilidad, ya que los jueces de primer nivel fijaron el tipo penal según lo establecido en el artículo 339 del Código Penal; por lo que al respecto, este Tribunal de Casación establece que el uso doloso de documento privado falso se encuentra tipificado en el último inciso del artículo 328 del Código Orgánico Integral Penal, que señala: *“el uso de estos documentos falsos será sancionado con las mismas penas previstas en cada caso”*; mientras que el segundo inciso de dicha

norma señala que: *“cuando se trate de documentos privados la pena será de tres a cinco años”*.

De la prueba actuada en juicio que ha sido analizada por los juzgadores de instancia, se establece que los procesados ejercieron su derecho a la defensa, por los hechos descritos en dicho fallo, que los ubica como las personas que acudieron a la institución bancaria para cobrar, haciendo uso de un cheque falso, encuadrando su conducta en el uso doloso de documento privado falso.

El principio de congruencia establece, que el proceso penal debe desarrollarse en virtud del tipo penal por el que se inicia la causa, concluyendo con la sentencia que le atribuye responsabilidad al procesado o reconoce el estado de inocencia, pero por el mismo tipo penal, con excepción de que el juzgador, en virtud de los mismos hechos y en aplicación al principio *iura novit curia*, debe fijar el tipo penal que corresponda, siempre y cuando se trate de delitos homogéneos, como ha ocurrido en la presente causa, ya que los hechos corresponden al uso doloso de documento privado falso, por lo que este Tribunal de Casación al corregir el error de derecho incurrido por los jueces de instancia, no transgrede el principio de congruencia, ni viola el principio a la defensa de los procesados, quienes han ejercido dicho derecho por los mismos hechos.

El recurrente también plantea la aplicación de las atenuantes, en virtud del artículo 45.5 y 6 del Código de Procedimiento Penal, que se refiere a presentarse voluntariamente a las autoridades de policía y el hecho de colaborar eficazmente en la investigación de la infracción, lo cual a pesar de estar analizado en la sentencia emitida por el Tribunal de Garantías Penales de Santa Elena y en virtud del principio de indecibilidad, al ser confirmada por la Corte Provincial de Justicia, este tribunal establece que dichas atenuantes no podían haber sido consideradas, en virtud de que no se produjeron las circunstancias antes referidas, ya que ambos procesados fueron aprehendidos en delito flagrante y no se presentaron ni colaboraron eficazmente con la justicia.

En virtud del principio *non reformatio in pejus*, cuyo significado es de que no se puede empeorar la situación jurídica del único recurrente, como ha ocurrido en la presente causa, con la única interposición del recurso de casación planteada por Jorge Luis Guzmán Baquerizo, este Tribunal de Casación no puede imponerle la pena mínima,

que establece el artículo 328 del Código Orgánico Integral Penal, para el uso doloso de documento privado falso, que oscila entre 3 a 5 años de pena privativa de la libertad, porque se lo estaría perjudicando al incrementársele la pena, por lo tanto, cumplirá la impuesta por el tribunal de instancia.

Por las consideraciones antes indicadas, **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA”**, por unanimidad, se declara improcedente el recurso planteado por Jorge Luis Guzmán Baquerizo; y, de conformidad con el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, se casa de oficio la sentencia emitida por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena, por existir indebida aplicación del artículo 327 del Código Orgánico Integral Penal, ya que el tipo penal, por el uso doloso de documento privado falso es el que se encuentra tipificado en el último inciso del artículo 328 ibídem, por lo que, este Tribunal de Casación, condena al procesado Jorge Luis Guzmán Baquerizo, como cómplice de dicho delito y por el principio non reformatio in pejus, al ser el único recurrente, deberá cumplir cuatro meses de pena privativa de la libertad, como lo señalan los jueces de instancia. **Notifíquese, Cúmplase y Devuélvase.-** f) Dr. Jorge Blum Carcelén, **JUEZ NACIONAL PONENTE** f) Dr. Luis Enriquez Villacrés, **JUEZ NACIONAL**; f) Dr. Marco Maldonado Castro, **CONJUEZ NACIONAL**.- Certifico: Secretaria Relatora.

CERTIFICO: Las seis (6) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito, 3 de enero del 2017



Dra. Ximena Quijano Salazar
SECRETARIA RELATORA

JUICIO No. 157-2015
RESOLUCION No. 1598-2016
RECURSO: CASACION
PROCESADO: Edison Eduardo Álvarez Guerrero Y OTROS
DELITO: ESTARFA

JUEZA NACIONAL PONENTE: Dra. Sylvia Sánchez Insuasti

Juicio No. 157-2015

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-

Quito, 06 de septiembre del 2016, las 10h14

VISTOS.-

I. ANTECEDENTES DE HECHO.-

En la ciudad de Tulcán, los señores José Chingal y Jairo Herrera entregaron la cantidad de cuarenta y ocho mil setecientos cuarenta dólares americanos (\$ 48.740) al señor Carlos Vela Rosero, quien les mencionó que con ese dinero formarían parte del grupo de socios de la compañía TRANSDORAMALD S.A, misma que para aquel tiempo ni siquiera existía legalmente.

II. ANTECEDENTES PROCESALES.-

2.1 El procesado Carlos Vela Rosero, los acusadores particulares y la Fiscalía interpone, oportunamente, recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia del Carchi, el 20 de diciembre de 2014, las 14h18, que: *“...rechaza el recurso de apelación interpuesto por el señor Carlos Vela y aceptando los recursos de apelación interpuestos por el señor Fiscal y Acusador Particular, se declara la culpabilidad de los señores: Carlos Alfredo Vela Rosero, de nacionalidad ecuatoriano, portador de la cédula de ciudadanía No. 040068611-9, de cuarenta y nueve años de edad, de estado civil casado, de instrucción secundaria, de ocupación chofer profesional, domiciliado en la ciudad de Tulcán, Cantón Tulcán, Provincia del Carchi; Edison Eduardo Álvarez Guerrero, de nacionalidad ecuatoriana, portado de la Cédula de ciudadanía No. 0400672093, de cincuenta años de edad, de estado civil soltero, de ocupación chofer profesional, domiciliado en la parroquia de Maldonado de esta ciudad de Tulcán; Vicente Bolívar Coral Orbe, de nacionalidad ecuatoriana, portador de la Cédula de Ciudadanía No. 040049797-0, de cuarenta y seis años de edad, de estado civil casado, de ocupación chofer profesional, domiciliado la Parroquia de Maldonado; Luz María Cuaspu*

Quiroz, de nacionalidad ecuatoriana, portadora de la cédula de ciudadanía No. 0400677985, de cuarenta y nueve años de edad, de estado civil casada, de instrucción primaria, de ocupación quehaceres domésticos, domiciliada en el barrio Chapuel, Cantón Tulcán, Provincia del Carchi; Arturo Ramiro Flores Torres, de nacionalidad ecuatoriano, portador de la cédula de ciudadanía No. 040060431-0, de cincuenta y cinco años de edad, de estado civil casado, de instrucción básica de ocupación Chofer Profesional, domiciliado en la Parroquia de Maldonado, Luis Germán Játiva Ruano, de nacionalidad ecuatoriano, portador de la Cédula de Ciudadanía No. 040054673-5, de cincuenta y seis años de edad, de estado civil casado de instrucción primaria, de ocupación chofer profesional, domiciliado en la Parroquia de Maldonado, Wilson Dumani Mejía Quiroz, de nacionalidad ecuatoriana, portador de la cédula de ciudadanía No. 0400627907, de cincuenta y tres años de edad, de estado civil casado, domiciliado en la Parroquia de Maldonado; y, Joffre Mauricio Goyes Huertas de nacionalidad ecuatoriana, portador de la Cédula de Ciudadanía No. 0401020847, de cuarenta y un años edad, de estado casado, de ocupación Chofer Profesional, domiciliado en esta ciudad de Tulcán, Cantón Tulcán, Provincia del Carchi, por considerarlos autores del delito tipificado y sancionado en el artículo 563 del Código Penal, imponiéndole la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN CORRECCIONAL y la multa de ciento cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de Norte América, a cada uno de los sentenciados, pena que, por haberse justificado las atenuantes 6 y 7 del Art. 29 del Código Penal, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 73 ibídem, se la reduce a OCHO DÍAS DE PRISIÓN CORRECCIONAL y multa de seis dólares de los Estados Unidos de América, debiéndoles descontar el tiempo que hayan permanecido detenidos por esta misma causa, pena que la cumplirán en el Centro de Rehabilitación Social de Tulcán. Se acepta la acusación particular presenta por los señores Jairo Bladimir Herrera Burbano y José Hernando Chingal Narváez y se condena a los sentenciados a la reparación integral a los ofendidos por la infracción, se cuantifica los daños ocasionados o los ofendidos en al cantidad de SESENTA Y DOS MIL CIENTO CUARENTA Y TRES DÓLARES, ya que se encuentra justificado que los ofendidos entregaron a la Compañía TRANSDORADOMALD la cantidad de CUARENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CUARENTA dólares, a los que se ha sumado intereses calculados al 5.5% anual de la tasa pasiva referencial conferida por el Banco Central del Ecuador por cinco años transcurridos, por lo tanto, corresponde pagar la suma de seis mil novecientos cuatro (6.904) dólares a cada uno de los sentenciados. (...) ¹".

2.2 Habiéndose agotado el trámite legal pertinente, y por ser el estado de la causa el de motivar la resolución por escrito, para hacerlo se considera:

¹ Cuaderno de la Corte Provincial de Justicia del Carchi, fs. 7-15 vuelta

III. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.-

3.1 De conformidad con la resolución No. 02-2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el acta de sorteo de la Sala Especializada de lo Penal de 28 de enero de 2015; y, el acta de sorteo de 06 de febrero de 2015, el presente Tribunal de Casación, está integrado por la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional, quien actúa como ponente en atención a lo dispuesto en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial; los doctores Vicente Robalino Villafuerte y Luis Enríquez Villacrés, Jueces Nacionales.

3.2 Conformar el presente Tribunal, en reemplazo del doctor Vicente Robalino Villafuerte, el doctor Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional, en atención al Oficio No. 0463-SG-CNJ-MBZ, de 8 de abril de 2016, suscrito por el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

3.3 La Jueza, Juez y Conjuez Nacionales actuantes, somos competentes para conocer la presente causa, en atención a lo dispuesto en los artículos 184.1 y 76.7.k) de la Constitución de la República; 184 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, reformados por la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013; 349 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, vigente hasta el 9 de agosto de 2014; y, de conformidad a las resoluciones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia Nos. 01-2015 y 02-2015, de 28 de enero de 2015.

IV. DEL TRÁMITE.-

Por la fecha en que se ha presentado el recurso de casación corresponde aplicar el Código de Procedimiento Penal del año 2000, con sus reformas del 24 de marzo de 2009, y siguientes; en cumplimiento a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal², publicado en el Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014.

² Código Orgánico Integral Penal, DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA: Los procesos penales, actuaciones y procedimientos de investigación que estén tramitándose cuando entre en vigencia este Código, seguirán sustanciándose de acuerdo con el procedimiento penal anterior hasta su conclusión, sin perjuicio del acatamiento de las normas del debido proceso, previstas en la Constitución de la República, siempre que la conducta punible esté sancionada en el presente Código.

V. VALIDEZ PROCESAL.-

El presente recurso se ha tramitado conforme a lo establecido en los artículos 75 y 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador y las reglas generales de impugnación dispuestas en los capítulos I y IV del Título Cuarto del Código de Procedimiento Penal. Por lo que, al no existir vicios de procedimiento, ni omisión de solemnidades sustanciales, habiéndose observado las garantías del debido proceso, este Tribunal declara la validez de lo actuado.

VI. INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LA SUSTANCIACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.-

6.1 Edison Eduardo Álvarez Guerrero, Vicente Bolívar Coral Orbe, Luz Marina Cuaspué Quiroz, Arturo Ramiro Flores Torres, Luis Germán Játiva Ruano, Wilson Dumani Mejía Quiroz y Joffre Mauricio Goyes³

El doctor Luis Tatamuez Vozmediano, fundamenta el recurso de casación, indicando en lo principal:

- Existe una inconformidad en cuanto a la aplicación de la ley, es decir una errónea interpretación de la ley, en cuanto el Art. 563 del Código Penal, que hace referencia al delito de estafa. (sic)
- Que sus defendidos en julio del 2008, los acusadores particulares señores José Guillermo Chingal Narváez y Jairo Bladimir Herrera Burbano en la ciudad de Tulcán toman contacto con el señor Víctor García, quien no fue procesado dentro de esta causa, pero es con esta persona con quien tienen el primer contacto referidos acusadores particulares para formar parte como accionistas de una compañía de transporte de turismo; y, el señor García a la vez les pone en contacto con el señor Carlos Alberto Vera Rosero quien en el proceso de constitución de una compañía denominada “TRANSDORAMALD” aparecía en ese momento como representante legal, es este señor Vela Rosero, quien les pone en conocimiento de todos los procesos que él se encontraba realizando para la constitución de esa compañía, refiriéndole que efectivamente conformarían la compañía, que requieren socios, indicándoles que es necesario la cantidad de \$25.000 dólares americanos por cada uno de los accionistas para formar parte de esta empresa; es decir, la persona con quien toma contacto directo es el señor Carlos Alfredo Vela Rosero, ya que él fue quien inició la

³ Expediente de la Corte Nacional de Justicia, acta de la audiencia de fundamentación del recurso, fs. 45 a 47 vta.

entrevista con los acusadores particulares, de estos acontecimientos se constituyó la compañía, pero las expectativas de que los acusadores particulares iban a ser accionistas, que se les entregaría una unidad de transporte para que ejecuten sus actividades de trabajo y más aún que iban ya a comenzar a trabajar en esa empresa, jamás se cumplieron y evidentemente los señores con el derecho que los asiste presentaron sus denuncia y se evacuó todo el proceso investigativo para determinar o configurar el tema del delito de estafa, a llegar a determinar la responsabilidad, pues efectivamente dentro del proceso de investigación evacuado por parte de Fiscalía se llega a determinar este hecho, y dentro de todas las actuaciones realizadas inclusive de la propia comparecencia del señor Vela Rosero, él de manera expresa reconoció que se le entregó esa cantidad de dinero, por lo que entregó un recibo, pero sencillamente ya en el ámbito del manejo de la administración de la propia compañía, ese dinero jamás se registró en los libros contables de la empresa y no se sabe dónde, cómo y que hicieron con ese dinero. (sic)

- En el proceso que se evacuó en el Tribunal de Garantías Penales, el mismo al emitir su sentencia determinó la existencia del delito de estafa, se determina la responsabilidad del señor Carlos Alfredo Vela Rosero; y, respecto de los otros accionistas (sus defendidos), sencillamente señalan que no se llega a configurar o a demostrar que ellos hayan afectado al patrimonio de los acusadores particulares, ya que ellos no participaron, no se beneficiaron de ese patrimonio, no se ha demostrado que sus defendidos hayan recibido ese dinero, tampoco se llegó a establecer que existió el uso fraudulento, es decir el engaño por parte de sus defendidos para hacerse entregar ese dinero; y, esos son los elementos del delito de estafa como lo establece el Art. 563 del Código Penal, de ahí parte el análisis de la errónea interpretación que hacen los jueces de alzada en el recurso de apelación al momento de establecer responsabilidad de los accionista de la empresa respecto a este hecho. (sic)
- Del análisis técnico respecto de lo que se refiere la errónea interpretación de la ley en cuanto al Art. 563 del Código Penal aplicable en el presente caso, claramente se infiere a que el delito de estafa hace referencia a la actuación activa de una persona que conlleva a determinar la intención positiva de causar daño, dentro del ámbito doctrinario se analiza que uno de los elementos del delito de estafa es el engaño, esto encaminado en los medios que emplea la persona o la habilidad que se emplea para cometer este tipo penal, en el presente caso claramente se encuentra identificada dicha participación de esta persona que el 8 de julio toma contacto con los acusadores particulares; y, que lo reconoció a viva voz y que es aceptado dentro de todo el proceso. (sic)
- Si se habla de la equivocada interpretación que hacen los jueces de la Corte Provincial de

Justicia al establecer una culpabilidad, evidentemente el análisis que se hace a estos parámetros de la errónea interpretación de la ley, se encamina en el hecho de que dentro de esta situación jurídica que es el delito de estafa, existe este error en razón de que los juzgadores hacen aparecer ciertas circunstancias que van a generar conclusiones adversas dentro de la sentencia. (sic)

- En el análisis que determinan los señores jueces, es el hecho de que sus defendidos refieren que por ser accionistas de esta empresa conocían de la incursión o el apareamiento de los nuevos accionistas en la empresa (acusadores particulares), supuestamente y que está demostrado dentro de la propia sentencia recurrida, no se llega a determinar que esos fondos fueron utilizados por sus defendidos, sino que saben perfectamente quien utilizó esos dineros, por esa errónea interpretación hace que el alcance de lo establecido en el Art. 563 del Código Penal sobre la responsabilidad vaya mucho más allá, porque si bien en cierto que sabemos que la propia norma hace un análisis extensivo de lo que es el delito de estafa, hace referencia al hecho de que este individuo pretende apropiarse de una cosa perteneciente a otra, y ese momento en el caso que nos ocupa se presentó al momento en que a los acusadores particulares les indicaron que pueden ser parte de la compañía y tienen que entregar \$ 25.000 por cada uno y pasan a ser accionistas de la empresa, ese ofrecimiento existió y fue reconocido y los acusadores particulares saben perfectamente de ese particular, sin embargo al momento del análisis de la sentencia emitida por la Corte Provincial de Justicia, se emite un criterio falso que hace que se cambie el espíritu de la norma en cuanto al propio delito de estafa para determinar la responsabilidad de la persona. (sic)
- Por otro lado en la audiencia de apelación, la acusación particular hace referencia que los hechos suscitados sobre el delito de estafa cometido ha sido debidamente orquestado por parte de los accionistas de la compañía, pero hasta la saciedad dentro del proceso penal motivo de la casación, no se llega a establecer cuál es el momento, la circunstancia donde sus defendidos participaron o se entrevistaron con los acusadores particulares para recibir parte de ese dinero, con lo cual afectaron el patrimonio de los acusadores particulares, por ninguna parte se deja evidenciado esos acontecimientos. (sic)
- Que no existe la participación activa o el dolo por parte de sus defendidos para que se encuentren sentenciados dentro de este proceso penal. (sic)
- Solicita se case la sentencia, se ratifique el estado de inocencia de sus defendidos señores Edison Eduardo Álvarez Guerrero, Vicente Bolívar Coral Orbe, Luz Marina Cuaspué Quiroz, Arturo Ramiro Flores Torres, Luis Germán Játiva Ruano, Wilson Dumani Mejía

Quiroz y Joffre Mauricio Goyes quienes no participaron, no son autores bajo ningún parámetro del delito de estafa. (sic)

6.2 José Guillermo Chingal Narváez y Jairo Bladimir Herrera Burbano⁴

El doctor Sergio Velasco Enríquez, abogado de los acusadores particulares José Guillermo Chingal Narváez y Jairo Bladimir Herrera Burbano, al realizar el ejercicio de contradicción, en lo principal manifiesta que:

- Está plenamente demostrado, el Art. 576 determina que se utilice el ardid o el engaño, existen varias formas para demostrarlo, el ardid es la forma externa y el engaño es el aspecto psicológico directamente de la víctima, los elementos que determina es que se hayan beneficiado de un patrimonio de terceros. (sic)
- Sus defendidos fueron engañados desde el momento que el señor Carlos Vela, quien fungía en ese momento de gerente, los invita a formar parte de esta compañía inexistente, ingresan como socios, inclusive a uno de sus defendidos al señor Jairo Herrera lo postulan como directivo, los invitan a la sesión inaugural sin que exista la compañía debidamente formada, con el objeto de infundir a sus defendidos un hecho incierto que no existía para que ellos entreguen su dinero, lo cual entregaron la cantidad de \$ 48. 874 dólares americanos, y así sus defendidos van entregando parcialmente su dinero, ofreciéndoles que en el mes de enero se entregarán dos vehículos, para esto se los lleva al taller donde se encontraban carrozándose los dos vehículos, se entrevistan con el técnico quien les indica que los vehículos serán entregados en 60 días, con ese dinero se terminaron de carrozar los vehículos, y de esto tenían perfecto conocimiento todos los socios, llega el momento de la entrega y posteriormente siguen beneficiándose todos de estos vehículos sin que ellos hayan dado dinero para la terminación de esos vehículos, es decir que se han beneficiado del patrimonio de sus defendidos, todos conocían directamente que ese patrimonio fue entregado por los señores Chingal y así consta dentro del proceso. (sic)
- La responsabilidad directamente de los recurrentes está demostrada, así se pronunció el Tribunal, que la sentencia emitida por la Corte Provincial es congruente entre su parte expositiva, la parte resolutive y en la sentencia, es decir la sentencia está debidamente motivada, se hace un análisis total y la prueba está demostrada dentro de la audiencia de

⁴ Expediente de la Corte Nacional de Justicia, acta de la audiencia de fundamentación del recurso, fs. 45 a 47 vta.

juicio, tanto la existencia material de la infracción, cuanto la culpabilidad de los sentenciados. (sic)

- Por lo tanto no comparte la fundamentación del recurso y solicita se rechace el recurso de casación. (sic)

6.3 Fiscalía General del Estado⁵

El doctor Raúl Garcés Llerena, delegado del Fiscal General del Estado, al realizar el ejercicio de contradicción, en lo principal manifiesta que:

- El recurso de casación es un recurso extraordinario y debe referirse exclusivamente si en la sentencia del juzgado de instancia existen errores de derecho. (sic)
- La defensa de los procesados recurrentes se ha referido que existe una errónea interpretación de la ley, la cual consiste en la inexacta valoración jurídica del caso o interpretación equivocada, Fiscalía estima que no existe esta violación, el juzgador de instancia ha tipificado el delito en el Art. 563 del Código Penal, que es lo que corresponde a un delito de estafa, que se ha cometido efectivamente por los procesados, porque todos conformaba esta compañía de transportes y todos eran accionistas y todos estuvieron en las reuniones y conocían efectivamente de la participación de los acusadores particulares quienes entregaron el dinero. (sic)
- Por otra parte el recurso de casación debe referirse exclusivamente a la sentencia de la Corte Provincial del Carchi, mas no de la sentencia del Tribunal de Garantías Penales.
- Se ha manifestado que no se encuentran reunidos los elementos del Art. 563 del Código Penal, Fiscalía estima que con los hechos, los actos de los procesados se ha afectado el patrimonio de los acusadores particulares, efectivamente se afecta con manejos fraudulentos para no entregarles ni los vehículos, ni aceptarles como accionistas como era el ofrecimiento. (sic)
- Por lo dicho la Fiscalía señala que no se ha fundamentado en derecho el recurso de casación y solicita sea rechazado. (sic)

6.4 Edison Eduardo Álvarez Guerrero, Vicente Bolívar Coral Orbe, Luz Marina Cuaspud Quiroz, Arturo Ramiro Flores Torres, Luis Germán Játiva Ruano, Wilson Dumani Mejía Quiroz y Joffre Mauricio Goyes⁶

⁵ Expediente de la Corte Nacional de Justicia, acta de la audiencia de fundamentación del recurso, fs. 45 a 47 vta.

⁶ Expediente de la Corte Nacional de Justicia, acta de la audiencia de fundamentación del recurso, fs. 45 a 47 vta.

El doctor Luis Tatamues Vozmediano, abogado defensor de los procesados Edison Eduardo Álvarez Guerrero, Vicente Bolívar Coral Orbe, Luz Marina Cuaspuj Quiroz, Arturo Ramiro Flores Torres, Luis Germán Játiva Ruano, Wilson Dumani Mejía Quiroz y Joffre Mauricio Goyes, en uso de su derecho a la réplica, indica que:

- La defensa de la acusación particular ha manifestado que se les llamó como socios y que estuvieron conjuntamente con los socios en varias reuniones, pero no se llega a determinar quiénes se apropiaron de esos dineros, no se dice que sus defendidos fueron los que se apropiaron y afectaron el patrimonio de los acusadores particulares, eso no dice la sentencia, no hace referencia a esos parámetros que es el elemento fundamental de una sentencia, determinar, individualizar cual fue la participación que tuvieron cada uno de los participantes de este delito de estafa. (sic)
- En otro de los anunciados que hace la propia sentencia, refiere que efectivamente fueron recibidos dichos dineros, pero dichos aportes no fueron registrados en los libros contables de la compañía, si estos dineros no ingresaron al patrimonio, contablemente no fue demostrado que esos dineros ingresaron al patrimonio de esa compañía, como se puede hablar que sus defendidos se pudieron haber apropiado y afectaron patrimonialmente a los acusadores particulares. (sic)
- Que es evidente que tiene que hacer mención a la sentencia emitida por el Tribunal de Garantías Penales porque el tribunal si hace ese análisis y dice que no se reúne los elementos sustanciales en un delito de estafa para sus defendidos, para el resto de personas si reúne, es decir el señor Carlos Alfredo Vela Rosero, porque con él se configura y se determina la existencia del delito y se determina la responsabilidad. (sic)
- Recalca no se determina la responsabilidad y ese es el análisis que hace la Corte Provincial respecto del delito de estafa. (sic)

6.5 Carlos Alfredo Vela Rosero⁷

El doctor Diego Jaya, Defensor Público, del señor Carlos Alfredo Vela Rosero, procesado no recurrente, indica que:

⁷ Expediente de la Corte Nacional de Justicia, acta de la audiencia de fundamentación del recurso, fs. 45 a 47 vta.

- Que la situación jurídica de su defendido esta determinado en el proceso, no es recurrente y su sentencia se ha ratificado y se ha ejecutoriado, es decir que el señor está declarado culpable, por lo tanto considera de que no se ha vulnerado sus derechos en esta audiencia.

6.6 Rolando Cristóbal Males Suarez ⁸

La doctora Lolita Montoya Moreta, Defensora Pública, del señor Rolando Cristóbal Males Suarez, procesado no recurrente, indica que:

- Que no hará ninguna alegación por cuanto no se han vulnerado ningún derecho constitucional de su defendido, por lo que se abstiene de realizar alguna argumentación.

VII. CONSIDERACIONES JURÍDICAS RESPECTO AL DERECHO A RECURRIR Y AL RECURSO DE CASACIÓN.-

7.1 La Constitución de la República, en el artículo 76.7.m), establece que: *“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”*

7.2 El derecho de recurrir de las decisiones judiciales, se encuentra garantizado en el artículo 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que dice: *“Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”*.

7.3 La Corte Constitucional, respecto al derecho a recurrir, en sentencia No. 095-14-SEP-CC, dictada el 4 de junio de 2014, dentro del caso No. 2230-11-EP, ha señalado que: *“La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir, al*

⁸ Expediente de la Corte Nacional de Justicia, acta de la audiencia de fundamentación del recurso, fs. 45 a 47 vta.

igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad”

7.4 El Código de Procedimiento Penal, vigente hasta el 09 de agosto de 2014, aplicable al presente caso, en el artículo 349 establece: *“Causales.- El recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación.*

No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba.”. Por su parte, el artículo 324 del Código Adjetivo Penal, consagra el principio de legalidad de los recursos, en virtud del cual, “las providencias son impugnables solo en los casos y formas expresamente establecidos en este Código.”

7.5 En este contexto, cabe indicar, que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, tal como lo afirma Orlando Rodríguez, *“La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente consagra el sistema jurídico positivo; no existen causales distintas”*⁹ o como lo sostiene Luis Tolosa Villabona, la casación solo, *“se puede formular por causales precisas previstas en la ley de forma expresa”*¹⁰.

7.6 En este sentido, la contravención expresa del texto se presenta cuando el juzgador, por omisión deja de utilizar determinada disposición jurídica, que es necesaria para la resolución de un caso concreto, resolviendo en contra de su mandato; por su parte, la indebida aplicación, ocurre cuando el juzgador yerra al resolver un caso en concreto, por aplicar una norma que no resulta pertinente para la resolución; y, finalmente, existe errónea interpretación, cuando el juzgador aplicando la disposición pertinente para la resolución del caso en concreto, le da un sentido y alcance diferente al expresado por su tenor literal¹¹.

7.7 La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, a través de sus Tribunales de Casación, al definir los parámetros para analizar el recurso

⁹ Orlando Rodríguez Ch., *Casación y Revisión Penal*, Temis, Bogotá, 2008, pág. 67

¹⁰ Luis Armando Tolosa Villabona, *Teoría y Técnica de la Casación*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá-Colombia, 2005, p. 112

¹¹ Véase jurisprudencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, juicio No. 863-2014, que por delito de violación se siguió en contra de Roberto Carlos Aguirre Cuasés.

de casación, ha establecido que *“Ningún recurso de casación podrá ser procedente, si el recurrente no exterioriza las razones jurídicas de las que se cree asistido, para elaborar los cargos que presenta al Tribunal. Esta actividad, que se conoce como argumentación jurídica, consta de tres componentes básicos: a) Determinación de la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; b) Confrontación entre el razonamiento del juzgador sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica, que se considera ha provocado un error de derecho, y aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debería haber realizado; y, c) Explicación de la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada”¹².*

7.8 La Corte Constitucional al analizar el recurso de casación, en materia penal, en sentencia No. 001-13-SEP-CC, dictada el 6 de febrero de 2013, dentro del caso 1647-11-EP, determinó que: *“...al momento de resolver el recurso se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que los jueces tengan competencia para analizar temas de mera legalidad, que ya fueron resueltos y discutidos en las instancias inferiores, como por ejemplo el análisis de informes periciales, o la procedencia y valoración de pruebas, ya que si esto fuera así se desconocería la independencia interna de los jueces y tribunales de garantías penales garantizada en la Constitución de la República en el artículo 168 numeral 1 (...)”*

7.9 En concordancia con la jurisprudencia señalada, varios doctrinarios se han ocupado de definir al recurso de casación, en similares términos, así, respecto a la naturaleza y alcance del recurso de casación, Luis Cueva Carrión señala que: *“...el recurso de casación resuelve la pugna que existe entre la ley y la sentencia, no entre las partes...”¹³*. Fernando de la Rúa, precisa que: *“es un instituto procesal, un medio acordado por la ley para impugnar, en ciertos casos y bajo ciertos presupuestos, las sentencias de los tribunales de juicio, limitadamente a la cuestión jurídica”¹⁴*, mientras que, Fabio Calderón Botero, expresa que: *“la casación penal es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo, contra sentencias definitivas que acusan errores de juicio o de actividad, expresamente señalados en la ley, para que un tribunal supremo y especializado las anule, a fin de unificar la jurisprudencia, proveer a la realización del derecho objetivo, denunciar*

¹² Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, Proceso Penal No. 444-2014, que por delito de abuso de confianza se siguió en contra de María Inés Quishpe Pomatoca.

¹³ Luis Cueva Carrión, *La Casación en Materia Penal*, Ediciones Cueva Carrión, 2da Edición, Quito, 2007, p. 146

¹⁴ Fernando de la Rúa, *El Recurso de Casación*, Víctor P. de Zavallá Editores. Buenos Aires, Argentina. Año 1968. p. 20

*el injusto y reparar el agravio inferido*¹⁵ y también señala, parafraseando a Piero Calamendrei que: “La casación no puede ser atendida sino por un tribunal especializado, y no implica una tercera instancia; es una prolongación extraordinaria del juicio para intentar el quebrantamiento del fallo, y no se basa sobre el derecho a obtener una nueva instancia, sino sobre el derecho a conseguir la anulación de una sentencia por determinados vicios inherentes a ella”¹⁶.

7.10 De los criterios jurídicos antes expuestos, se colige, que el recurso de casación se caracteriza por su tecnicismo y excepcionalidad, en tanto, se dirige y limita, a analizar la sentencia de segunda instancia, a fin de determinar si en ella se ha violado la ley, por alguna de las causales expresamente determinadas en la normativa adjetiva penal –contravención expresa, indebida aplicación, errónea interpretación-, son solo estos errores “*in iudicando*”, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de Casación, sin que tenga competencia, para resolver y pronunciarse sobre otros errores, relativos a la tramitación de la causa, conocidos como errores “*in procedendo*”, los cuales tienen una vía de impugnación distinta a la de casación, esto es, nulidad y apelación, y más aún cuando, en el actual sistema procesal penal, previo a interponerse el recurso de casación, inexorablemente debió haberse agotado el recurso de apelación –segunda instancia-, ergo, existe ya un pronunciamiento, sobre aspectos relativos a errores en el proceso penal, y sobre los cuales no cabe volver, al encontrarse ya precluida dicha etapa procesal. Además, debe precisarse que en sede casación, por imperativo legal, está prohibido volver a valorar prueba. De ahí que, toda alegación tendiente a demostrar errores “*in procedendo*” o pedidos relativos a una nueva valoración del acervo probatorio, resultan improcedentes en casación.

VIII. ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

8.1 Para que el recurso de casación, que es de carácter extraordinario, sea declarado procedente, requiere que el casacionista cumpla, en su fundamentación, de manera irrestricta, con todos los elementos exigidos legalmente.

Por otra parte, la tecnicidad que caracteriza al recurso de casación, impone sobre el recurrente la necesidad de establecer la causal por la que se ha violado la ley en la sentencia; criterio que ha sido

¹⁵ Fabio Calderón Botero, *Casación y Revisión en materia penal*, Segunda edición, Ediciones librería del profesional, Bogotá, p. 2

¹⁶ *Ibíd.*, p. 4

ratificado por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en los siguientes términos:

“Por el principio dispositivo, establecido en los artículos 168.6 de la Constitución de la República y 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, es obligación de quien impugna una sentencia vía recurso de casación, especificar en qué error de derecho ha incurrido el juzgador al dictar la sentencia, señalando detalladamente qué norma jurídica, qué artículo de la ley, ha sido violado y en qué forma, así como determinar cómo esta violación ha incidido en la sentencia, tanto que si no se hubiera cometido, otra hubiera sido la decisión judicial¹⁷.”

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de casación es procedente *“cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación”*. Al ser la casación un recurso extraordinario, que requiere una motivación técnica en su interposición, el recurrente debe señalar qué norma ha sido violada y encuadrar dicha violación en alguna de las tres causales previstas en el artículo *ejusdem*, por lo que es obligación del recurrente establecer con exactitud si en la sentencia impugnada se produjo una violación a la ley por: a) contravención expresa de su texto; b) indebida aplicación; o, c) errónea interpretación.

Siendo que cada una de ellas se configura con elementos específicos, el casacionista debe clarificar en su exposición en qué tipo de violación a la ley ha incurrido el tribunal de apelación. No es procedente, por tanto, acusar la violación, por las tres causales simultáneamente, de una norma jurídica invocada en la sentencia. Por ejemplo, indebida aplicación y errónea interpretación del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal; ni puede, así mismo, exhortar una causal diversa de las expresamente señaladas por la ley.

En el caso *sub iudice*, el abogado defensor de los procesados casacionistas, alegó, en la audiencia de fundamentación del recurso, que existe: *“(...) una errónea interpretación de la ley, en cuanto al Art. 563 del Código Penal, que hace referencia al delito de estafa, (...) si se analiza la sentencia recurrida en el numeral sexto que se ha hecho referencia, lo que dice la Corte en la parte pertinente, pero no se llega a determinar quiénes se apropiaron de esos dineros, no se dice que sus defendidos fueron los que se apropiaron y afectaron el patrimonio de los acusadores particulares,*

¹⁷ Sentencia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, Recurso de Casación, juicio No. 0311-2013-VR, el ciudadano Carlos Lautaro Torres Noboa contra la ciudadana Martha Cecilia Espín Maya y el ciudadano Lars Jorgen Krarup, de 8 de mayo de 2014. Las 09h00.

eso no dice la sentencia, no hace referencia a esos parámetros que es el elemento fundamental de una sentencia, determinar, individualizar cual fue la participación que tuvieron cada uno de los participantes de este delito de estafa (...)". Al respecto, este Tribunal, en virtud del principio de limitación que rige la casación, mismo que obliga a conocer y decidir solo en cuanto a los aspectos acusados por el censor, verificará la procedencia del cargo que hoy se propone.

En ese propósito, vemos que el recurrente ha señalado con precisión la norma en que él considera ha recaído un tipo de violación a la ley, esto es interpretación errónea, así también, ha determinado que es en el considerando Sexto de la sentencia del juzgador ad-quem donde yace este error de derecho. Por lo que, se puede decir en lo formal que el cargo está debidamente propuesto.

Ahora bien, es necesario verificar que el cargo tal como ha sido alegado, se enmarca dentro un juicio lógico, jurídico y veraz, esto en virtud, que los cargos casacionales no han de reflejar meras apreciaciones conceptuales sino falencias valorativas y normativas que puedan ser demostrables.

En lo específico, se aprecia que la alegación propuesta por el casacionista, pese a estar debidamente presentada en lo formal como ya se dijo, no pone en evidencia un error de derecho. Nos explicamos, el recurrente en suma afirma, que se ha interpretado erróneamente el artículo 563 del Código Penal ya que sus defendidos no se han beneficiado del dinero que entregaron los acusadores particulares José Guillermo Chingal Narváez y Jairo Bladimir Herrera Burbano para formar parte de la empresa "TRANSDORAMALD", sin embargo, ello, no se puede traducir en una interpretación errónea de ese precepto jurídico como tal, toda vez que el Tribunal ad-quem, no le ha otorgado a la norma un sentido contrario que el originario.

En términos generales, una norma tiene un supuesto de hecho y un consecuente jurídico, en el ámbito penal, el supuesto de hecho es el delito y el consecuente jurídico es la pena. Por tal razón si de errónea interpretación se ha de hablar precisamente, se debe indicar cuál de estos anteriores componentes, se le ha dado un sentido específico que no tiene.

De allí que, la alegación del casacionista, tal como está presentada, no tiene vocación de éxito por lo que es rechazada *ipso iure*.

8.2 Ergo, no hemos de perder de vista tampoco, que el recurso de casación permite la instrumentación del derecho sustancial sin límite alguno, esto significa que se puede lograr

correctivos normativos de la sentencia recurrida a petición de parte o bien *ex officio*. Sobre esto último, el artículo 385 del Código de Procedimiento Penal indica: “Art. 358.- *Sentencia.- Si la Corte Nacional estimare procedente el recurso pronunciará sentencia enmendando la violación de la ley. Si lo estimare improcedente, lo declarará así en sentencia y devolverá el proceso al inferior para que ejecute la sentencia. Si la sala observare que la sentencia ha violado la ley, admitirá la casación, aunque la fundamentación del recurrente haya sido equivocada*” (El énfasis nos pertenece). En ese contexto, este Tribunal y una vez revisada la sentencia del ad-quem en su integralidad, considera que, lo que si ha existido es la contravención expresa de los artículos 86, 250, 252, 304-A, 312 del Código de Procedimiento Penal. A continuación la explicación.

La tipicidad viene a representar la inmediación existente entre la conducta humana y la descripción del hecho punible. Tradicionalmente la tipicidad comprende una parte subjetiva y otra objetiva. La tipicidad objetiva, es la descripción genérica de la conducta catalogada como prohibida (sujeto activo, sujeto pasivo, verbo rector, objeto jurídico, objeto material) y la tipicidad subjetiva es la apreciación gnoseológica del acto (dolo o culpa). Solo en presencia de estos dos elementos podríamos decir que tal conducta encaja o no en un tipo penal.

En el delito de estafa, previsto en el artículo 563 del derogado Código Penal, el elemento objetivo es: Sujeto activo: “*El que*”; Verbos rectores: “*con propósito de apropiarse*”, “*se hubiere hecho entregar fondos*”, “*haciendo uso*”, “*ya empleando*”, “*infundir la esperanza*”, “*abusar de otro modo de la confianza o de la credulidad*”; objeto jurídico: patrimonio de las personas; objeto material: “*cosa perteneciente a otro*”, “*muebles, obligaciones, finiquitos, recibos*”, “*nombres falsos, o de falsas calidades*”, “*falsas empresas, de un poder, o de un crédito imaginario*”; y el elemento subjetivo es: el dolo, ya que para la realización del “tipo objetivo”, es menester que el agente actué con conciencia y voluntad.

Ya en lo específico, si se estudia la conducta de los procesados Edison Eduardo Álvarez Guerrero, Vicente Bolívar Coral Orbe, Luz Marina Cuaspad Quiroz, Arturo Ramiro Flores Torres, Luis Germán Játiva Ruano, Wilson Dumaní Mejía Quiroz y Joffre Mauricio Goyes, a la luz del tipo penal establecido en el artículo 563 del derogado Código Penal, esto es estafa, determinaremos que sus acciones no se adecuan a lo que la norma antes dicha describe. Y es que, según lo que consta del proceso, la real intención de los ahora procesados recurrentes no fue incrementar su patrimonio (elemento subjetivo) en detrimento del que poseían los señores Chingal y Herrera (elemento objetivo). Es más, los testimonios de la Ing. Kelly Liliana Bravo Vélez, perito que hizo el informe

contable¹⁸, del Tnte. Diego Fernando Sánchez Gordón¹⁹, perito que realizó el informe documentológico, y de los señores José Guillermo Chingal Narváez²⁰ y Jairo Wladimir Herrera Burbano²¹, acusadores particulares, son concordantes en afirmar, que quien se hizo entregar para sí

¹⁸ Sentencia del Tribunal Primero de Garantías Penales del Carchi fs. 601. El testimonio de la Ing. Kelly Liliana Bravo Vélez, quien en lo principal indica que fue designada y posesionada en calidad de Perito por el señor Fiscal, a fin de practicar la diligencia de peritaje contable de la compañía “TRANSDORAMALD”, por lo que se acercó al lugar en donde funciona dicha empresa a fin de realiza un trabajo de campo solicitando la documentación del movimiento contable desde el año dos mil ocho al año dos mil doce, constatando que al empresa no dispone de documentación de respaldo tanto de ingresos como de egresos, no existen activos, pasivos, ni patrimonio, no existiendo por tanto un sistema contable que refleje el movimiento de la institución, el objeto del peritaje fue el de establecer si los cincuenta mil dólares han sido han sido en beneficio de los activos o pasivos de la compañía, “TRANSDORAMALD”, por lo que realizó un examen de manera contable y tributaria, en la forma contable no obtuvo documentación de respaldo, en la forma tributaria hizo un cruce de información con la declaración que se hace en rentas, no encontrando ingresos, gastos, documentación, ni activos y pasivos que reflejen movimientos contables en la empresa. La compañía se encuentra en actividad legal, según el RUC inicia su actividad el doce de mayo del dos mil ocho, desde esa fecha tenía la institución que hacer sus declaraciones mensuales por ser una empresa con fines de lucro obligados a llevar contabilidad. Respecto a los recibos que fueron adjuntados al proceso constan varias sumas de dinero que han sido entregadas por los señores José Chingal y Jairo Herrera Burbano que sumados dan una cantidad de cuarenta y ocho mil setecientos cuarenta dólares, cantidad que constan en recibos, recalcando que los recibos no son considerados como documentos contables, simplemente son constancias del dinero entregado por ellos.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Primero de Garantías Penales del Carchi fs. 601 vuelta. El testimonio del Tnt. Diego Fernando Sánchez Gordón, quien en lo principal indica que fue designado y posesionado en calidad de perito a fin de realizar un informe documentológico de varios recibos, los cuales constan en el expediente del presente caso, el objeto de la pericia era determinar si la firma estampada en dichos recibos corresponde gráfica y morfológicamente con la firma del señor Carlos Vela, estableciendo como conclusiones, que las firmas guardan similitud morfológica y determinado que es la misma persona quien realizó, las firmas en dichos recibos (...).

²⁰ Sentencia del Tribunal Primero de Garantías Penales del Carchi fs. 600. (...) Tuve una conversación con los señores Víctor García y Vicente Coral, por el sector de la Cooperativa Tulcán, García manifestó que había disposición de puestos en la compañía “TRANSDORAMALD”, luego el señor Víctor García había tenido una conversación con el señor Carlos Vela, decidiendo ingresar a la compañía, entregando para el efecto veinticinco mil dólares al señor Carlos Vela, quien luego los invitó a Maldonado a fin de ser presentados como socios de la compañía. Posteriormente al reclamar su dinero los demás socios le dijeron que ese dinero no había entrado a la compañía ante los cual él les respondió que si ese dinero no entró a la compañía no era de que lo acepten como socios, el señor Carlos Vela les dijo que si eran considerados socios, y les dijo que les entregaría a él y al señor Herrera dos carros encaroizados para que los trabajen y hasta la fecha no han sido entregados los vehículos para trabajar (...).

²¹ Sentencia del Tribunal Primero de Garantías Penales del Carchi fs. 600 vuelta. El testimonio del señor Jairo Wladimir Herrera Burbano, (...) Fue a través de una conversación con el señor García y Vicente Coral, quienes le dijeron que si quería ingresar a la compañía que habían disponibles dos puestos, por lo que se acercó a hablar con el señor Carlos Vela a las oficinas de la compañía “TRANSDORAMALD” y le dijo que sí, que el puesto valía veinticinco mil dólares cada uno, pagaderos en diferentes cuotas, dándoles como tiempo hasta diciembre del dos mil ocho, que en el año dos mil nueve el siete de marzo les serían entregados los dos carros carrozados, incluso les fueron indicadas las carrocerías a él y a su suegro el señor Chingal, en el taller del señor “Vinulas” en donde se encontraban dos chasis, luego de aportar varias sumas de dinero preguntaron a don Carlos qué estaba pasando ante lo cual les dijo que tienen que esperar, luego fueron invitados a una sesión en Maldonado para ser presentados como socios, ese día fue el cambio de Directiva y fue electo como miembro del Directorio de la compañía, en una de las sesiones a la cual asistieron el y su suegro, el señor Males les dijo que si ellos no eran socios que estaban haciendo ahí, que en el estatuto solo constan diez personas y ellos no constan ahí, luego el señor Vela les indicó que iba hacer los trámites para el incremento de cupo y hasta fecha no lo ha hecho (...).

el aporte dinerario a través de recibos, documentos no contables, fue el señor Carlos Alfredo Vela Rosero.

El hecho de asistir a reuniones de una empresa que por lo demás, ni siquiera se encontraba constituida legalmente, no es un elemento a considerar en el tipo penal de estafa, cosa harto distinta, cuando se evidencia la conducta de un sujeto que ha utilizado todos los medios necesarios para beneficiarse del patrimonio de otras personas.

Por ello, se considera que malhadadamente la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia del Carchi, sentenció a los procesados recurrentes por el delito que se investiga, cuando lo correcto era ratificar su estado de inocencia, ya que su responsabilidad no se comprobó.

Los artículos 250, 252, 304-A y 312 del Código de Procedimiento Penal indican lo siguiente: “Art. 250.- *Finalidad.- En la etapa del juicio se practicarán los actos procesales necesarios para **comprobar** conforme a derecho la existencia de la infracción y la **responsabilidad del acusado** para, según corresponda, condenarlo o absolverlo;* Art. 252.- *Existencia del delito y culpabilidad.- **La certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado se obtendrá de las pruebas de cargo y descargo que aporten los sujetos procesales en esta etapa**, sin perjuicio de los anticipos jurisdiccionales de prueba que se hubiesen practicado en la etapa de instrucción Fiscal;* Art. 304-A.- *Reglas Generales.- La sentencia debe ser motivada y concluirá declarando **la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado**; en el primer caso, cuando el tribunal de garantías penales tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo; y en el segundo caso, si no se hubiere comprobado la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o cuando existiere duda sobre tales hechos;* Art. 312.- *Condena.- **La sentencia que declare la culpabilidad deberá mencionar como se ha comprobado conforme a derecho la existencia del delito y la responsabilidad del acusado**; determinará con precisión el delito por el cual se condena y la pena que se impone. También debe determinar, cuando corresponda, la suspensión condicional de la pena y debe fijar el plazo dentro del cual se ha de pagar la multa.*”(El énfasis nos pertenece)

Lo citado, pone en evidencia el error de derecho en él que se ha incurrido, se ha obviado el análisis de tipicidad para la imposición de una sentencia de condena, asunto que debe atender el juzgador después de catalogar como un “acto”, a los hechos materia de juzgamiento y antes de considerarlos como “antijurídicos” y “reprochables al autor”.

Por sobre lo expuesto, que debería bastar para casar la sentencia de mérito, este órgano censor advierte que tampoco la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia del Carchi, no ha utilizado un sistema evaluatorio de probanza para determinar las responsabilidades de los procesados recurrentes. Así, tenemos que en la parte pertinente del considerando Séptimo de la sentencia en estudio se indica lo siguiente: *“Con la prueba aportada en el proceso, determina con claridad la existencia de la infracción, por cuanto se ha justificado la apropiación de dineros pertenecientes a los señores Chingal y Herrera, en la suma de 48. 740 dólares americanos utilizando falsas calidades, ya que las actas presentadas como pruebas, revelan que a la fecha de aceptación como accionistas los señores Chingal y Herrera, no existía legalmente la compañía trasndoramald S.A, ya que la presentación y aceptación como socios a los ofendidos ocurrió el 6 de febrero del 2008 y posteriormente se constituye la compañía de transporte TRANSDORAMALD S.A, mediante escritura pública otorgada el 27 de febrero del 2008, inscribiéndose en el Registro de la Propiedad y Mercantil del Cantón Tulcán, el 14 de mayo del 2008, esto significa que cuando fueron invitados a los señores Chingal y Herrera a formar parte de la Compañía de Transportes, jurídicamente no existía la Compañía, y por lo tanto tampoco gerente, presidente, ni accionistas de la compañía. 7.2 Se observa además que se ha empleado manejos fraudulentos por parte de los procesados para hacerles creer a los señores Chingal y Herrera que serían socios de la compañía ya que una vez aceptados como socios, han sido tratado como tales, ya que los han hecho participar en las Juntas Generales de la Empresa, les ha ofrecido que serían propietarios de dos unidades de transporte, invitándolos a conocer las carrocerías de los vehículos, pero la compañía no estaba constituida y cuando se constituyó, pudieron incluirlos y no lo hicieron. 7.3.- Los aportes en dinero realizados por los señores Chingal y Herrera, no ingresaron a los registros contables de la compañía, es más, no se han llevado adecuadamente los libros contables de la empresa, existiendo únicamente la constancia de la entrega del dinero en los recibos conferidos por Carlos Vela y la secretaria de la empresa a los ofendidos, pero los accionistas a pesar que en su testimonio niegan haber conocido de los fondos aportados por Chingal y Herrera, si estaban pendientes de esos dineros, que según el Gerente en las actas, confesión judicial y el testimonio ante el Tribunal, refiere esos dineros se destinaron al pago de los gastos de la empresa, pago de créditos y carrocerías, al no haber conformidad con la administración de los fondos, aparecen reclamos en las Juntas Generales de la empresa y es precisamente por los dineros aportados por los ofendidos, y otros valores que se ha iniciado por los accionistas de la compañía un proceso penal por estafa en contra Carlos Vela, del cual ha sido absuelto (...)”(sic)*

Como se pudo observar, no existe un análisis mínimo, que indique que el aporte probatorio contribuido en la audiencia de juicio demuestre la responsabilidad de los procesados recurrentes, y es que, en nuestro sistema procesal penal, de denodado corte acusatorio, gobierna el principio de libre apreciación de la prueba, donde el único límite para el sentenciador al formar su convencimiento lo compone el estricto apego a las reglas de la sana crítica²².

De lege data, indica que “Art. 86 del Código de Procedimiento Penal.- *Apreciación de la prueba.- Toda prueba será apreciada por el juez o tribunal conforme a las reglas de la sana crítica. Ninguna de las normas de este Código, se entenderá en contra de la libertad de criterio que establece el presente artículo.*”

Lo dicho apunta, que el Juzgador para alcanzar el grado de certeza requerido a fin de establecer la responsabilidad del procesado en los hechos por cuales se le investiga, debe apreciar en cónsono todas las pruebas que se desprende del proceso, cosa que en el presente caso no ocurre.

En conclusión, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, al tenor de lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, por unanimidad, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por los procesados Edison Eduardo Álvarez Guerrero, Vicente Bolívar Coral Orbe, Luz Marina Cuaspud Quiroz, Arturo Ramiro Flores Torres, Luis Germán Játiva Ruano, Wilson Dumani Mejía Quiroz y Joffre Mauricio Goyes, por no haberse justificado la procedencia del cargo de la errónea interpretación del artículo 563 del Código Penal. Empero, en virtud de lo establecido Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, se casa de oficio la sentencia dictada por la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Carchi, por contravención expresa de los artículos 86, 250, 252, 304-A, 312 del Código de Procedimiento Penal; enmendando dicho error de derecho, ratifica el estado de inocencia de Edison Eduardo Álvarez Guerrero, Vicente Bolívar Coral Orbe, Luz Marina Cuaspud Quiroz, Arturo Ramiro Flores Torres, Luis Germán Játiva Ruano, Wilson Dumani Mejía Quiroz y Joffre Mauricio Goyes. Devuélvase el proceso al tribunal de origen. **Notifíquese y cúmplase.** F

²² Corte Suprema de Justicia, Primera Sala, Resolución No. 224- del 30-VII-2003, Registro Oficial No. 193, 20-X-2003.:“La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento .

Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, **JUEZ NACIONAL PONENTE** f) Dr. Luis Enríquez Villacrés, **JUEZ NACIONAL**; f) Dr. Marco Maldonado Castro, **CONJUEZ NACIONAL.-** Certifico: f), Secretario Relator.

CERTIFICO: Las once (11) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito, 3 de enero del 2017


Dra. Ximena Quijano Salazar
SECRETARIA RELATORA



CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR

JUICIO No. 1350-2015
RESOLUCION No. 1599-2016
RECURSO: CASACION
PROCESADO: Luis Cornelio Romero Mogrovejo
DELITO: USURA

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL,
PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-**

Quito, martes 6 de septiembre de 2016; La 11h32.-

VISTOS: El Tribunal Segundo de Garantías Penales de la Corte Provincial del Justicia de Cañar, en sentencia dictada el 24 de abril de 2015, a las 14h22, declara la culpabilidad del doctor Luis Cornelio Romero Mogrovejo, en calidad de autor del delito de usura, tipificado en el artículo 309 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, pero en aplicación al principio de favorabilidad que opera en su beneficio, constante en el artículo 76.5 de la Constitución de la República, artículo 5.2 del Código Orgánico Integral Penal, le imponen la pena privativa de libertad de SEIS MESES, que estuvo establecida para este ilícito en el artículo 584 del Código Penal vigente hasta antes del 10 de agosto del año 2014.

De este fallo, el procesado, interpone recurso de apelación, y la Sala Multicompetente de la Corte Provincial del Cañar, en sentencia del 29 de julio de 2015, a las 14h20, lo rechaza, confirmando la sentencia recurrida.

Por no encontrarse de acuerdo con dicha resolución, el procesado doctor Luis Cornelio Romero Mogrovejo, interpone recurso de casación, el que en providencia de 8 de septiembre de 2015, a las 14h30, es aceptado a trámite y remitido para su resolución a la Corte Nacional de Justicia.

Además se dispone agregar al proceso el escrito presentado por el doctor Luis Cornelio Romero Mogrovejo, en el cual solicita, dos copias del audio de la audiencia llevada a cabo el día lunes 11 de julio de 2016, a las 09h45, así como dos copias certificadas del expediente. Al respecto se dispone que una vez notificada esta sentencia se conceda a través de secretaría las copias del audio y del expediente como se solicita.

PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:

El Consejo de la Judicatura, en cumplimiento a lo dispuesto por la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 182, por el Código Orgánico de la Función

Judicial en el artículo 173, y por la Resolución No. 341-2014, renovó parcialmente un tercio de las y los integrantes de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, y designó a las y los siete juezas y jueces quienes reemplazarán en sus funciones a las y los salientes.

El 26 de enero de 2015 el Consejo de la Judicatura posesionó a las y los juezas y jueces que se integran a la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución 01-2015, de 28 de enero de 2015, conformó sus seis Salas especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183 sustituido por la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, en sesión de 28 de enero de 2015, dio cumplimiento a lo dispuesto por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en la Resolución 02-2015, resultado de lo cual, mediante sorteo el presente Tribunal quedó integrado por los doctores Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional, legalmente encargado; doctor Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional, quien actúa en reemplazo de la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional, por licencia concedida en legal y debida forma, por el doctor Carlos Ramírez Romero Presidente de la Corte Nacional de Justicia; y, el doctor Jorge Blum Carcelén, en calidad de Juez Nacional Ponente, de conformidad con el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal, según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y Segunda Disposición Transitoria, en concordancia con la Ley reformativa al Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 38 de 17 de julio de 2013, que sustituye al artículo 183 ibídem, relativo a la conformación de Salas.

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL:

Examinada la presente causa, se desprende que la formulación de cargos e inicio de la instrucción fiscal realizada en éste proceso, *“que da inicio a su procedimiento”*, fue el 28 de noviembre de 2014, cuando ya se encontraba vigente la nueva normativa

penal, esto es el Código Orgánico Integral Penal, por lo que, su trámite está regido a dicho Código, promulgado en el suplemento del Registro Oficial N° 180, de 10 de febrero de 2014 y su vigencia fue a partir del 10 de agosto del 2014;.

Por su parte, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, respecto a la consulta efectuada sobre la aplicación de la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, realizada el 11 de diciembre de 2015, señaló: *“...Si del resultado de tales actuaciones: 1. Debe iniciarse una indagación o 2: Se decide un procesamiento penal, a partir del 10 de agosto de 2014, han de iniciarse, tramitarse, concluirse tal indagación o el procesamiento según el Código Orgánico Integral Penal. Las investigaciones preprocesales iniciadas por fiscales, con anterioridad al 10 de agosto de 2014, deben ser tramitadas y concluidas según las reglas del Código de Procedimiento Penal. Si del resultado de tales investigaciones se decide un procesamiento penal, este se iniciará, tramitará y concluirá, según las Reglas del Código Orgánico Integral Penal....”*

El incumplimiento de dicha Disposición por parte del juzgador, en el desarrollo del proceso penal conlleva a una afectación del debido proceso formal, que *“constituye una limitación al poder punitivo del Estado, el cual en su faceta formal, como quedó anotado, exige que se respete la ritualidad procesal, vale decir, se observa el trámite propio de cada procedimiento”* (Caso 1543-2015-Corte Nacional de Justicia, Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito); derivando en una violación de trámite, conforme así lo señala la consulta mencionada anteriormente, que menciona: *“...Los casos en los que se aplique el régimen anterior, cuando el proceso penal inicie con fecha igual o posterior al 10 de agosto, se trasgrede la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, II que implica violación al trámite”;*

En tal sentido, la inobservancia del rito procesal a seguir en el caso *sub judice*, por parte de los juzgadores *a-quo* y *ad-quem*, plasmaría una violación de trámite, lo cual para que se derive en una nulidad, ésta debe ajustarse a los presupuestos determinados en el artículo 652.10 del Código Orgánico Integral Penal, esto es: a) influir en la decisión de la causa; y, b) violación al derecho a la defensa.

Sobre influir en la decisión de la causa: En relación a este primer presupuesto, se establece que el procedimiento ordinario previsto dentro de esta causa, para la persecución de una infracción penal de acción pública está señalado tanto en el

Código de Procedimiento Penal derogado, como en el Código Orgánico Integral Penal, que indican:

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL (derogado) art. 206	CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL art. 589
La instrucción fiscal	Instrucción
La etapa intermedia	Evaluación y preparatoria de juicio
El juicio; y,	Juicio
La etapa de impugnación	Impugnación y recursos (art.652)

Momentos procesales que tiene una finalidad similar; además hay que destacar que el delito materia de la presente litis, se encontraba tipificado y sancionado en el artículo 563 del Código Penal, vigente a la fecha del cometimiento de la infracción, tipo penal que se encuentra reproducido en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, cumpliéndose así con los principios de legalidad y seguridad jurídica, con lo que se determina que la violación de trámite no tuvo incidencia en la decisión adoptada por los juzgadores de instancia, por lo que no ha lugar a la nulidad por este presupuesto.

Sobre el derecho a la defensa: de la revisión íntegra de las tablas procesales, se colige que la procesada-recurrente ha contado desde el inicio de la persecución penal, con la defensa técnica de su elección, garantizándose así una de las garantías primordiales previstas en los artículo 75 y 76 de la Constitución de la República, razón por la cual se evidencia que la violación a trámite analizada no ha afectado su legítimo derecho a la defensa.

Consecuentemente, si bien en la presente causa se inobservó el trámite previsto en el Código Orgánico Integral Penal, como se deja sentado ut supra, no se menoscabaron e inobservaron las garantías mínimas que reviste al derecho a la defensa, ni tampoco tiene incidencia directa para que pueda afectar la decisión de la causa, por lo que no conlleva a una declaratoria de nulidad; debiendo este Tribunal de Casación, declarar la validez de todo lo actuado conforme las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Penal.

En relación al procedimiento a seguir para la tramitación del recurso de casación, en los mismos términos del análisis efectuado, a fin de no afectar el derecho a la defensa y seguridad jurídica, correspondió continuar sustanciando la causa acorde con el Código de Procedimiento Penal; y, el recurso de casación, de conformidad con los artículos 349 a 358 ibídem.

TERCERO.- HECHOS MATERIA DE LA LITIS:

La Fiscalía indica, que conoció el presente ilícito porque Petita Pilay, ha indicado que en el año 2000, su hija Gloria Pluas Pilay quería viajar a España y tuvo conocimiento que Hernán Barona llevaba gente, quien cobraba la cantidad de \$2.600 dólares; indicó que quien podría prestarles era el doctor Luís Romero Mogrovejo, que cobraba un interés mensual del 5%, y que tenía que dar hipoteca abierta; se hizo el préstamo en el año 2000, se extiende una hipoteca abierta a favor del doctor Luís Romero Mogrovejo sobre un solar ubicado en la ciudadela “Luz de América”, del cantón La Troncal a nombre de Honorio Gabino Plúas Plúas, conviviente de Petita Pilay, las cuotas se iban pagando conforme enviaba el dinero la hija de España, se pagan intereses elevados hasta el año 2005; luego en el año 2011, se instaura un juicio ejecutivo No. 93-2011, planteado por el doctor Luis Romero Mogrovejo en contra de Plúas Plúas Honorio Gabino, que trajo como resultado el remate del solar ubicado en la ciudadela Luz de América, adjudicado al señor José Benito Zhindon en el año 2013, bien que todavía es habitado por Petita Pilay Guaranda con su hijo con capacidades especiales.

CUARTO.- FUNDAMENTACIÓN DE LA CASACIONISTA:

La recurrente y procesado Luis Cornelio Romero Mogrovejo, por intermedio de su defensa técnica, del doctor Luis Alfonso Castillo Velasco, expone en síntesis lo siguiente:

Que interpone recurso de casación, con fundamento en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, contra la sentencia dictada por la Sala Multicompetente del Cañar, del 29 de Julio de 2015, que confirma íntegramente la sentencia dictada por el Segundo Tribunal Penal del Cañar.

Indica, que existe indebida aplicación de la Ley, porque en la sentencia del Tribunal a-quo se le condena por el delito tipificado en el artículo 309 del Código Orgánico Integral Penal, y luego en virtud del principio de favorabilidad, se le impone seis meses de prisión, de acuerdo con el artículo 584 del Código Penal.

Indicó el recurrente, que entre el artículo 309 del Código Orgánico Integral Penal y el artículo 583 del Código Penal, que debió aplicarse al caso, existe una gran diferencia en cuanto a la pena, señalando que el artículo 309 prevé una pena de 5 a 7 años, mientras que el artículo 583 establece la de 6 meses a 2 años y multa de 16 a 311 dólares.

Señala, que el Juez de alzada menciona el Código Orgánico de la Función Judicial, cuando la primera disposición transitoria de ese instrumento fue derogada por consulta popular y sin embargo hacen referencia a esta Ley.

Además refiere, que en el ordinal 5, en su parte final, la Corte incurre en un error, al tipificar la conducta por el artículo 309, desatendiendo la primera disposición transitoria.

En el ordinal 7, numeral 7.5, la Corte realiza un análisis innecesario sobre la prejudicialidad y en el considerando 7.7 realiza la revaloración de la prueba, de acuerdo al artículo 454 del Código Orgánico Integral Penal; cuando lo correcto era seguir empleando las normas del Código de Procedimiento Penal.

Argumenta el casacionista, que en el numeral 7.5 dice que "... pues están inmersos en este tema únicamente los delitos que inciden por enriquecimiento ilícito, peculado, contenidos en el artículo 257 del Código Procedimiento Penal", cuando debía decir, en el Código Penal.

Alega, que la sentencia impugnada, carece de una debida motivación constitucional, haciendo referencia al artículo 76.7.I) de la Constitución de la República, por lo que considera que al no estar motivada, es nula.

También menciona, que su defendido, le hizo un préstamo a la acusadora, un préstamo que realizó a nueve años, sin analizar los juzgadores que el artículo 3 de la Ley Contra la Usura, dice: *"Que para comprobar la usura deberá haber constancia de escritos, manuscritos en la que se evidencie que ha habido cobros usurarios"*; sin embargo por una deducción se le condena al delito de usura, más aun cuando la usura es un delito de realización inmediata, mientras que el préstamo que realizó el recurrente fue en el año 2001.

Por todas estas razones pide, que se revise el contenido del fallo, para que evidencien que lo que manifiesta se apega a la realidad, solicitando se case la sentencia y se declare el estado de inocencia de su patrocinado; y, en su defecto se declare la nulidad por falta de motivación.

QUINTO.- CONTRADICCIÓN FISCAL:

El doctor José García Falconí, como delegado del señor Fiscal General del Estado, en síntesis manifestó:

Dice, que en el presente caso, consta una decisión de fecha 24 de abril de 2015, donde se establece la comisión del delito señalando en el artículo 309 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndole la pena de seis meses, más el pago de daños y perjuicios; de esta sentencia se apela y la Sala Multicompetente de la Corte Provincial del Cañar señala la existencia del delito de usura, tipificado en el artículo 583 del Código Penal y reprimido en el artículo 584 del mismo código y lo sentencia a la misma pena, manifestando que se aprovechó de la víctima y despojó a esa familia de su vivienda.

De esta sentencia interponen el recurso de casación, fundamentándose el recurso en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con los artículos 1 y 3 de la Ley de Casación Civil, por lo que al respecto indica la Fiscalía que la propia Ley de Casación Civil establece que no es aplicable a la materia penal.

Manifiesta la Fiscalía, que el recurso de casación es técnico, extraordinario y limitado, porque es una confrontación jurídica entre la sentencia y la ley; es decir, no se analiza la sentencia de primer nivel, indicando que solo hay tres causales para casar (Contradicción expresa a su texto, indebida aplicación y errónea aplicación) y en este caso no existe alegada ninguna de estas causales; agregando que es obligación del casacionista establecer categóricamente qué ley se violó, en qué forma se violó y cómo influyó esta violación de la ley en la sentencia, y al ser un recurso limitado no se puede volver a evaluar las pruebas, porque de acuerdo con el artículo 168.6 de la Constitución de la República es atribución exclusiva de los jueces de primera y segunda instancia.

La Fiscalía considera, que la sentencia se encuentra debidamente motivada, porque reúne los tres parámetros mínimos de razonabilidad, lógica y comprensibilidad; por lo que solicita se deseche el recurso de casación interpuesto toda vez que no se ha dado cumplimiento, a los términos estrictos que establece el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

RÉPLICA.- El recurrente y procesado Luis Cornelio Romero Mogrovejo, en la réplica, por medio del doctor Luis Alfonso Castillo Velasco, en síntesis dijo:

Que cuando se habla de la falta de motivación, se refiere a que no existe una relación entre el silogismo judicial y la conclusión. Por último, indica que no está pidiendo análisis de prueba, que solo solicita se analice la sentencia, que a su parecer es un “mamotreto” con contenido confuso; por esta razón, reitera que esta sentencia debe declararse la nulidad constitucional, para que se dicte una sentencia adecuadamente motivada.

SÉPTIMO.- ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN:

El recurso de casación, en el sistema jurídico ecuatoriano, permite el análisis de la sentencia atacada, a fin de poder establecer si existen errores de derecho cometidos al momento de dictarse la misma; dándole a este recurso el carácter de extraordinario y por lo tanto procede por las causales previamente establecidas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, constituyéndose en un recurso de control de la legalidad en los fallos de instancia, como lo señala el artículo 10 inciso segundo del Código Orgánico de la Función Judicial, sin que esté permitido a los juzgadores de casación valorar la prueba actuada, que dio lugar a la sentencia que se impugna.

Se debe examinar si en el fallo impugnado, que es el emitido por la Sala Penal de la Corte Provincial de Tungurahua, se ha aplicado correctamente la ley, fundamentado en las causales que contiene la norma procesal antes referida, cuando la sentencia recurrida ha violado la ley, por **a)** por contravención expresa a su texto; **b)** por indebida aplicación; y, **c)** por errónea interpretación. La primera circunstancia implica contrariar su contenido y al hacerlo sería una violación directa.- La segunda, la indebida aplicación, puede darse aplicándola en un caso que no le corresponde.- La tercera, la errónea interpretación podría dar lugar a ir más allá del contenido de la norma, contrariando su espíritu, su alcance, originándose un falso raciocinio; es así, que el tratadista Germán Pavón Gómez define a la casación como: “*un recurso extraordinario, técnico objetivo, contra sentencias de segunda instancia de tribunales [...]*”. (Germán Pavón Gómez, De la Casación y la revisión penal en el Estado social y democrático de derecho, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1999, p.48).

“La casación es uno de los recursos procesales, mediante el cual el ordenamiento jurídico busca proteger el derecho de impugnación que tiene todo ciudadano en contra de las decisiones que los administradores de justicia dictan en los procesos jurisdiccionales, derecho que no solo forma parte de las garantías del debido proceso constantes en la Constitución de la República, en su artículo 76.7. m), sino

que además ha sido recogido por instrumentos internacionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos, la que en su artículo 8.2.h), manifiesta que toda persona inculpada de un delito tiene “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal”. (Corte Nacional de Justicia. Jurisprudencia Ecuatoriana Ciencia y Derecho. Período Enero-Diciembre 2012. Quito-Ecuador. P.180).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que el derecho a recurrir del fallo es un derecho que asiste al condenado, esto es, que “no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado”. (Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, reparaciones y costas, op. cit., párr. 107, y Caso Mohamed vs. Argentina, op. cit., párrs. 92 y 93).

El tipo penal que se juzga en la presente causa es el de usura, que como lo señala el tratadista Edgardo Alberto Donna, “[...] proviene del latín *usus*, vocablo que a su vez viene de *uti* y de allí su sentido; uso y útil, uso y utilidad, esto es, el precio por el uso del capital. De manera que en su origen, la palabra *usurae* “sólo significó el interés por el uso de la cosa prestada, sin carga peyorativa como señala Spota” [...] La legislación mosaica reprimió la usura: “No le impondrás usura”, dice el Éxodo y en general se vio a la usura como un robo.”¹

Afirma Donna, que la usura propiamente dicha: “se castiga al que, aprovechando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de una persona, le hiciere dar o prometer –como contraprestación – una ventaja pecuniaria evidentemente desproporcionada con su prestación o una garantía extorsiva [...] La esencia de la usura es sin duda el aprovechamiento, por parte del autor, de una situación especial de la víctima-necesidad, ligereza, inexperiencia- que explota económicamente para su intereses. O sea que el núcleo del tipo es hacerse prometer o hacerse dar.”²

En lo que tiene que ver con el estado o situación de necesidad, indica Donna, que se llega “[...] a través de una situación embarazosa o de apriete. Se entiende por necesidad a los apremios de carácter económico, de dinero de cosas, siempre que se trate de una situación coactiva, aunque no sea una necesidad que enfrente el sujeto con opciones extremas. Siempre tiene que superar el simple deseo de lograr la prestación, debido a una urgencia mínima [...] Se puede afirmar que habrá necesidad cuando esté en peligro la vida, la salud, haciendo una referencia al propio estado de necesidad.”³

¹ Edgardo Alberto Donna, “Derecho Penal, ” Parte Especial. Tomo II-B, Rubinzal, -Culzoni Editores, Buenos Aires, 2011, pp. 718-719

² Ibid, pp. 722

³ Ibid. pp- 725

Con respecto a la ligereza indica que: “[...] equivale a la falta de juicio crítico, esto es, cuando el sujeto pasivo en considerable medida tiene fallas en la capacidad de dejarse conducir por fundamentos racionales. Este defecto en la capacidad de juicio comprende también la incapacidad de dirección y de valorar el resultado económico de la conclusión del negocio.[...]La doctrina argentina se refiere a este caso a la irreflexión que se presenta en el sujeto pasivo, sea como defecto de su carácter o como resultado de una situación de hecho especial por la que atraviesa.”⁴

Finalmente la inexperiencia expresa Donna, debe ser entendida como aquella no general sino en relación a entender la vida de los negocios. “La víctima tiene una falla o defecto en la experiencia y en el conocimiento de los negocios en general o al limitado campo de los efectos humanos y cuya esencia consiste en una limitación de la capacidad de percepción u observación o de un adecuado juicio de competencia sobre el suceso.”⁵

Normalmente la usura se produce cuando el sujeto pasivo de la acción de usura, se ve en la necesidad de acceder al préstamo, que le otorga un prestamista, valga la redundancia, quien aprovechándose de ese estado de necesidad, que puede ser asimilada a estados de carencia, pobreza, miseria, o penuria, dependiendo el caso, otorga los préstamos, pero lo hace con intereses, que sobrepasan el interés legal.

La acción de usura dice Terragni, “[...] consiste en hacerse dar o prometer “intereses u otras ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas con su prestación, u otorgar recaudos o garantías de carácter extorsivo.” Desglosando el concepto Terragni indica [...] Generalmente la acción del usurero está orientada a obtener intereses, los cuales no se corresponden con su prestación, por lo cual, justamente, se califican como “usurarios” [...] Las maniobras de los usureros no se limitan a la obtención de intereses, entendiendo por tales los frutos, calculados en dinero, de la suma de dinero prestada. Pueden consistir también en la obtención de otro tipo de ventajas de apreciación pecuniaria. Las maniobras que dan lugar a la usura real y que responden a la inagotable imaginación de quienes lucran con la necesidad ajena [...] Evidentemente desproporcionadas con la prestación: Aquí está el núcleo de la cuestión y el matiz que separa lo lícito de lo ilícito. No es delito obtener intereses o ventajas pecuniarias en general, ni siquiera aprovechando la necesidad ajena, ya que esto es lo que en definitiva mueve el mundo de los negocios ilícitos; sino es lograr por esa vía, y en esas circunstancias, ventajas evidentemente desproporcionadas con la prestación. En esto consiste la usura, en el sentido moderno del término.”⁶

⁴ Ibid, pp-725-726

⁵ Ibid, pp. 726

⁶ Ibid, pp. 696-697

El delito de usura atenta contra los derechos de libertad de la víctima, la somete y la explota, quien trabaja para entregar el producto de su esfuerzo al “acreedor” no solo quien contrae la “deuda”, sino su familia, la que por cumplir con los pagos excesivos debe privarse de bienes materiales necesarios para subsistir, para cumplir con las condiciones y exigencias impuestas por los usureros, la vivienda, la alimentación, la medicina, pasan a segundo plano, llegando a someterse a prácticas indignas como abusos sexuales, para cumplir dichas exigencias, por lo que se trata de un delito “que causa grave alarma social”, como lo califica la ex Corte Constitucional para el Periodo de Transición, en sentencia 216-12-SEP-CC, dictada en el caso 1855-11-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 756 de 30 de julio de 2012.

La Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 21 “Derecho de Propiedad” 3 señala: *“Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre deben ser prohibido por la ley”*.

El artículo 583 del Código Penal dice: *“Es Usurario, el préstamo en el que, directa o indirectamente, se estipula un interés mayor que el permitido por la ley, u otras ventajas usurarias”*. Es decir el usurero es quien presta, habitualmente como profesión u oficio, dinero elevado a interés explotando ajena necesidad, ignorancia o inexperiencia; en sentido estricto, el interés o precio que recibe el mutuuario o prestamista por el uso del dinero prestado en el contrato de mutuo o préstamo, en sentido más amplio, y casi predominante ya, usura es sinónimo de excesivo interés, de odiosa explotación del necesitado o del ignorante, del precio o rédito exagerado por el dinero a otro, que debe devolver capital e intereses.

Este delito, dice el artículo 584 del Código Penal que: *“Será reprimido con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de dieciséis a treientos once dólares de los Estados Unidos de Norte América, el que se dedicare a préstamos usurarios”*.

El artículo 309 del Código Orgánico Integral Penal, se refiere a la usura y dice: *“La persona que otorgue un préstamo directa o indirectamente y estipule un interés mayor que el permitido por la ley, será sancionada con la pena privativa de libertad de cinco a siete años (...)”*.

El recurrente Luis Romero Mogrovejo, en la fundamentación del recurso, únicamente señaló la indebida aplicación de la ley, sin indicar a que norma constitucional o legal se refiere lo cual constituye un error técnico, en el planteamiento del recurso de casación, ya que al ser éste eminentemente extraordinario se debe señalar cual es la sentencia que ataca, siendo la de Corte Provincial, debiendo además indicar en

que parte del fallo se ha producido el error de derecho y cómo influye dicho error de derecho en la decisión de la causa, ya que no se puede generalizar las causales establecidas en el artículo 349 del Código Penal, y que al haber escogido la indebida aplicación, también le correspondía señalar cual era la norma que debía aplicarse. Acusa también la errónea aplicación de la ley, cuando esta causal no existe, porque debía acusar la contravención expresa, la indebida aplicación o la errónea interpretación y como lo ha planteado, se debe rechazar el recurso por anti técnico e improcedente.

También alega el procesado que la Corte Provincial de Justicia del Cañar, confirma una serie de irregularidades incurridas por el Tribunal Segundo de Garantías Penales del Cañar, que lo condena como autor de usura, tipificado en el inciso primero del artículo 309 del Código Orgánico Integral Penal, expresando en forma general la errónea aplicación de la ley, porque según el recurrente, no se explica motivadamente porqué razón se confirma la sentencia de primer nivel; al respecto, este Tribunal de casación, establece que los juzgadores de instancia han analizado los hechos y la prueba actuada en juicio, enlazándolos con el tipo penal que corresponde, esto es, el de usura, establecido en el artículo 583 del Código Penal, en el que se indica que: *“es usurario el préstamo en el que, directa o indirectamente, se estipula un interés mayor que el permitido por la ley, u otras ventajas usurarias”*; sancionado por el artículo 584 *Ibídem*, con seis meses a dos años de pena privativa de libertad, que es el tipo penal que corresponde al tiempo del cometimiento del delito, cuya infracción también se encuentra descrita en el artículo 309 del Código Orgánico Integral Penal, que señala: la persona que otorgue un préstamo directa o indirectamente, estipulando un interés mayor que el permitido por la ley, será sancionado de cinco a siete años de pena privativa de libertad, si el perjuicio se extiende a más de cinco personas la pena será de siete a diez años; cuando se simula la existencia de un negocio jurídico, para ocultar un préstamo usurario, la pena será de cinco a siete años; y, en estos casos se devolverá a la víctima lo hipotecado o prendado y la restitución de todo lo pagado ilegalmente.

Los juzgadores de instancia en el considerando quinto de la sentencia atacada cometieron un lapsus calami, que no influye en la decisión de la causa, al señalar que las normas aplicables al proceso, era el Código Penal y Código de Procedimiento Penal, porque la formulación de cargos se efectuó el 20 de noviembre de 2014, cuando en realidad tomando en consideración el inicio de este proceso, las

normas aplicables en lo sustantivo y adjetivo son las del Código Orgánico Integral Penal, como en efecto lo señalan al tipificar el delito de usura, conforme el cuerpo legal antes referido, pero en aplicación del principio de favorabilidad aplican la sanción establecida en el Código Penal; y, respecto al procedimiento lo tramitaron conforme las normas del Código de Procedimiento Penal, cuya normativa, como lo hemos explicado anteriormente tampoco produce la nulidad de la causa, ni ha influido en la decisión de la misma, por lo que el tipo penal, si corresponde a los hechos fijados en la sentencia, por lo que no existe una indebida aplicación del tipo penal de usura.

El doctor Vicente Robalino Villafuerte, Ex-Magistrado de la Corte Nacional de Justicia, respecto al delito de usura, en el artículo denominado “La Usura”, publicado en la revista Ensayos Penales, N° 6, que edita esta Corte Nacional de Justicia, señala: *“El delito de usura es de autor, atiende a la forma de vida de la persona usurera, no al acto, así lo calificó la ex-Corte Constitucional, para el Periodo de Transición, en sentencia 216-12-SEP-CC, dictada en el caso 1855-11-EP, publicada en el Registro Oficial N° 765 del 30 de junio de 2012; indicando además, que los elementos del delito de usura, en lo sustancial, son: dedicarse a conceder préstamos y que tales préstamos sean usurarios o representen ventajas usurarias”. Dedicarse implica la ejecución de actos cometidos de manera continua, constituye una conducta habitual de obtener ingresos, en consecuencia, en la ley penal ecuatoriana, no es usurera, ni es usurero quien sólo hizo un préstamo usurario, aunque la operación sea por un alto monto y le genere grandes sumas en concepto de intereses, ni comete usura quien de manera esporádica otorga préstamos cobrando intereses, más alto de los legales, (...), es usuraria si por el valor del dinero se cobra intereses superiores a los que permite la ley, específicamente del Banco Central del Ecuador”.*

Este Tribunal de casación considera, que es correcto el análisis realizado por los jueces de instancia, al rechazar el planteamiento de la defensa del procesado, quien en el recurso de apelación señala equivocadamente que para la iniciación del proceso penal por el delito de usura, se requiere del pronunciamiento previo de un juez civil, lo cual es errado y carece de todo sustento legal, como lo señalan los juzgadores, ya que este tipo penal no constituye un hecho prejudicial, ni se requiere de un requisito de procedibilidad, para iniciar la acción penal, porque no nos encontramos frente a un impedimento superable al ejercicio de la acción penal pública, correspondiéndole a la fiscalía iniciar o no el proceso penal cuando establezca indicios suficientes de la existencia de la usura y haya presuntamente

identificado al posible responsable, por lo que es correcto que se deseche dicha argumentación, la que al ser mencionada también en este recurso de casación, se la desecha por improcedente; y, además porque ya ha sido analizada en la instancia que corresponde.

El recurrente plantea como error de derecho, la supuesta equivocación incurrida por los jueces en el considerando 7.5 de la sentencia de Corte Provincial, cuando en realidad no se presenta ningún error, porque los juzgadores analizan los casos de prejudicialidad y los presupuestos de procedibilidad, para sustentar y desechar el argumento equivocadamente planteado por el procesado, concluyendo que no es pertinente, por lo que consideramos que no existe error en dicho análisis.

El recurrente, alega la falta de motivación de la sentencia, porque considera que no se explica la pertinencia de las normas utilizadas en dicha resolución, lo cual también es un planteamiento que no tiene sustento jurídico, porque la sentencia atacada cumple con los parámetros de lógica, razonabilidad y comprensibilidad. Al respecto, este Tribunal establece que los estándares nacionales e internacionales señalan como una sentencia motivada, cuando ésta es lógica, razonable y comprensible, como lo expresa la Corte Constitucional, en la sentencia N° 076-16-SEP-CC, caso N° 1956-13-EP, que dice: *"en su rol de máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia, de conformidad con lo establecido en el artículo 429 de la Constitución de la República del Ecuador determinó en su sentencia N.° 092-13-SEP-CC, dictada dentro del caso N.° 0538-13-EP, que la garantía de la motivación cuenta con determinados requisitos a ser observados por las autoridades, encontrándose entre estos la razonabilidad, lógica y finalmente la comprensibilidad. En relación con los parámetros referidos, este Organismo, en su sentencia N.° 017-14-SEP-CC emitida dentro del caso N.° 0401-13-EP, señaló que: "Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre ésta y la decisión. Una decisión comprensible, por último debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto"*.

En armonía con lo señalado también la Corte Constitucional en la decisión N.° 202-14-SEP-CC dictada dentro del caso N.° 0950-13-EP, dice que: *"el requisito de la lógica se encuentra relacionado con la coherencia que debe existir entre las premisas con la conclusión final, así como también con la carga argumentativa que debe existir por parte de la autoridad en los razonamientos, afirmaciones y finalmente en la decisión que vaya a*

adoptar". Con lo antes expuesto, podemos establecer que la sentencia emitida por la Corte Provincial de Justicia del Cañar, está debidamente motivada y cumple con los parámetros establecidos en el artículo 76.7 I) de la Constitución de la República y con los estándares nacionales e internacionales.

Del análisis de la sentencia se establece, que los hechos fijados señalan que Petita Pilay hace conocer que en el año 2000, su hija Gloria Plúas Pilay, quería viajar a España, por lo que le solicitó un préstamo al doctor Luis Romero Mogrovejo, al 5 %, que es una cantidad superior al permitido por el Banco Central para lo cual le entregó a su favor una hipoteca abierta de un solar ubicado en la ciudadela Luz de América del Cantón La Troncal, que se encontraba a nombre de su conviviente Honorio Gabino Plúas Plúas, y que por ello pagó elevados intereses hasta el 2005; que en el año 2011, el doctor Luis Romero, demandó ejecutivamente a Honorio Plúas, en la causa N° 93-2011, con lo cual en el 2013 se remató el solar y se lo adjudicó a favor de José Benito Zhindón.


Que con la prueba testimonial y documental descrita por los jueces de instancia, se justificó que la víctima había cancelado el valor adeudado y que a pesar de ello le plantearon un juicio, por una altísima cantidad que no debe; estableciéndose la existencia material de la infracción en el delito de usura y la responsabilidad del procesado, señalándose que sin lugar a dudas la actividad a la que se dedica Luis Romero Mogrovejo, es la de dar préstamos de dinero en efectivo, a ciudadanos que bajo diversas circunstancias lo requerían en la ciudad de la Troncal, todo ello justificado no solo por la prueba testimonial, sino con los certificados del Registrador de la Propiedad de dicho Cantón, con lo que se establecieron un sin número de hipotecas y prohibiciones de enajenar de distintas personas, otorgadas a favor del procesado, como se lo describe en el considerando 7.4 de la sentencia.

En tal virtud, la sentencia cumple con los parámetros de motivación adecuados para que se la considere debidamente fundamentada, ya que el análisis argumentativo realizado por los jueces de instancia, es coherente, lógico, razonable y comprensible que es precisamente lo que contiene la sentencia recurrida, llegando a establecer con certeza la existencia del delito de usura y la responsabilidad del procesado como autor del mismo, y al no existir la violación a lo dispuesto en el artículo 76.7 I) de la Constitución de la República, se declara que no procede el cargo planteado.

Por las consideraciones antes indicadas, **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA”**, este Tribunal en forma unánime, resuelve que es improcedente el recurso de casación planteado Luis Cornelio Romero Mogrovejo, al no existir error de derecho, conforme las causales del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. **Notifíquese y cúmplase.**- f) Dr. Jorge Blum Carcelén Msc., **JUEZ NACIONAL PONENTE** f) Dr. Marco Maldonado Castro, **CONJUEZ NACIONAL**; f) Dr. Edgar Flores Mier, **CONJUEZ NACIONAL.**- Certifico: f), Secretaria Relatora.

CERTIFICO: Las ocho (8) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito, 3 de enero del 2017


Dra. Ximena Quijano Salazar
SECRETARIA RELATORA



CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR

JUICIO No. 0478-2015
RESOLUCION No. 1600-2016
RECURSO: CASACION
PROCESADO: Lester Fernando Álvarez Moncada
DELITO: TRANSITO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL
Y TRÁNSITO
JUICIO No. 0478-2016-JCC
RECURSO DE CASACIÓN
DELITO DE TRÁNSITO

JUEZ PONENTE: Dr. Miguel Jurado Fabara

Quito, Lunes 29 de agosto del 2016, a las 10h20

1.- ANTECEDENTES.-

- 1.1. Mediante sentencia de 06 de febrero de 2014, las 12h48, la Unidad Judicial Multicompetente de San Cristóbal, provincia de Galápagos, declara la culpabilidad del procesado Lester Fernando Álvarez Moncada, en calidad de autor del delito de tránsito, tipificado y sancionado en el art. 127 literales a) c) e) y f) de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, vigente al cometimiento de la infracción y le impuso la pena de cuatro años seis meses de prisión correccional, multa de veinte remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general y el pago de \$40.000 dólares por concepto de daños y perjuicios.
- 1.2. El acusado Lester Fernando Álvarez Moncada así como la acusadora particular interponen recursos de apelación ante la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, que el 09 de marzo de 2016, las 08h45, con voto de mayoría rechazan los recursos interpuestos por los sujetos procesales y confirman en todas sus partes la sentencia venida en grado.
- 1.3. El sentenciado inconforme con el fallo del *ad-quem* interpone recurso de casación, para ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

2.- RESEÑA FÁCTICA

Fue relatada de la siguiente manera por el *a-quo*:

“El día 07 de octubre del 2013, a las 07h50 minutos en el kilómetro 4 de la vía Baltra, a la altura de la entrada del parque Artesanal, en la calzada vía Puerto Ayora Baltra, el ciudadano Ricardo Fabián Piedmag Villota, mientras se dirigía en dirección hacia el sur, es decir hacia Puerto Ayora, ante la presencia y proximidad del vehículo conducido por Lester Álvarez Moncada, quien de manera sorpresiva invade y obstruye el sentido contrario de circulación, realizando una maniobra simple de viraje hacia la izquierda; el

ciudadano Ricardo Fabián Pueomag Villota, se impacta contra el vehículo conducido por el ciudadano Lester Álvarez Moncada, produciéndose un choque lateral angular, específicamente con el vehículo marca Mazda, tipo Ómnibus, color azul, año 1993, modelo B 2200, [...] producto de lo cual ocurre el fallecimiento de quien en vida fue Ricardo Fabián Pueomag Villota...”¹ [sic]

3.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

3.1 El Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 08-2015 de fecha 22 de enero de 2015, aprueba la integración de la Corte Nacional de Justicia, misma que ejerce jurisdicción a nivel nacional, de conformidad con el art. 182, último inciso, de la Constitución de la República del Ecuador y 172 del Código Orgánico de la Función Judicial.

3.2 La Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, tiene competencia para conocer los recursos de casación, revisión y los demás que establezca la ley, en materia penal de conformidad con el art. 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; así como los arts. 8 y 9 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013, que sustituyen a los arts. 183 y 186, de la misma ley; y, las resoluciones de la Corte Nacional de Justicia No. 01-2015 y 02-2015 de 25 de febrero de 2015.

3.3 El Tribunal está conformado por el señor doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional Ponente, de conformidad con el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, señora doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional y señor doctor Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional, que actúa por licencia concedida al doctor Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional mediante oficio No. 1090-SG-CNJ-MBZ de fecha 08 de agosto de 2016 suscrito por el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

4.- TRÁMITE

De conformidad con la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, corresponde aplicar las normas vigentes al tiempo del inicio del proceso, que para el caso, *in examine*, son las contenidas en la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, Código Penal así como Código de Procedimiento Penal.

5.- FUNDAMENTACIÓN Y CONTESTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Acorde con lo dispuesto en los arts. 345 y 352 del Código de Procedimiento Penal, se llevó a cabo la audiencia oral, pública y de contradictorio, en la que los sujetos procesales expresaron:

¹ Cfr. Cuaderno de la Unidad Judicial Multicompetente

5.1 Síntesis de la fundamentación realizada por parte del recurrente Lester Fernando Álvarez Moncada, a través de su abogado defensor Richard Escobar Coronel

- a) Manifiesta que, presenta recurso de casación por cuanto existe una errónea interpretación de la norma en la sentencia impugnada, misma que al ser aplicada violó los derechos constitucionales del señor Lester Álvarez Moncada, por cuanto el juez inferior al momento de la aplicación de la disposición legal interpreta mal el sentido de la pena.
- b) Indica que, éste error de interpretación le ha causado un perjuicio a su defendido puesto que, se encuentra cumpliendo una pena de cuatro años seis meses de prisión correccional.
- c) Sostiene que, el fallo impugnado carece de motivación, lo cual es fundamental toda vez que, las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas es decir, se debe exteriorizar lo que dice el juez; por lo tanto, al no haber motivación y un error en la interpretación de la norma se presenta recurso de casación.

Solicita que, la petición presentada sea favorable para su defendido.

5.2 Contestación por parte del representante de la Fiscalía General del Estado, doctor Marco Navas Arboleda

- a) Señala que, el recurso de casación es técnico, extraordinario y limitado de conformidad a lo establecido en el art. 349 del Código de Procedimiento Penal, por lo que, el abogado del recurrente debía remitirse a aquello, es decir, señalar si existe contravención expresa, indebida aplicación o errónea interpretación, lo cual en la especie no se observa.
- b) Manifiesta que, la pretensión propuesta se limita a decir que, existe una errónea interpretación de la norma sin singularizarla ni indicar cuales son los derechos constitucionales supuestamente violados.
- c) Exterioriza que, la sentencia recurrida tiene la correspondiente motivación, puesto que, indica que existe una persona fallecida como consecuencia de una acción culposa, esto es, que en la vía Baltra el acusado sin tomar la debida precaución cierra el paso y entra en contravía produciendo un accidente.
- d) Dice que, Fiscalía ha presentado todas las pruebas de cargo correspondientes, mismas que fueron tomadas en consideración para dictar sentencia condenatoria acorde a lo estipulado en el art. 86 del Código Adjetivo Penal.

Concluye solicitando que, se deseche el recurso interpuesto por el sentenciado por falta de fundamentación.

5.3 Intervención de la acusadora particular Nelly Piedmag Villota, a través de su abogado defensor Fernando Paucar Uquillas

- a) Manifiesta que, el recurrente ha esgrimido una errónea interpretación de la norma, sin embargo, no se ha mencionado la disposición legal aparentemente mal interpretada.
- b) Dice que, la sentencia venida en grado cumple con todos los requisitos y presupuestos que establece la normativa legal siendo absolutamente clara, toda vez que, cumple con los parámetros establecidos en el art.

76. 7 l) de la Constitución de la República ya que manifiesta las normas aplicadas su procedencia y pertinencia con el delito juzgado.

- c) Arguye que, el único motivo del recurrente para impugnar el fallo es dilatar el proceso y evitar que se ejecutorie la sentencia de primer nivel, puesto que, no desea ser trasladado al centro de privación de libertad de Guayaquil.

Solicita que, se declare improcedente el recurso interpuesto y se disponga la ejecutoria del fallo de instancia.

El **recurrente sentenciado**, al ejercer su derecho a la réplica a través de su abogado defensor, expresó:

- i. No se trata de dilatar la ejecutoria de la sentencia sino hacer valer los derechos constitucionales del recurrente.
- ii. Precisa que, dentro del cuadernillo de casación se menciona los artículos en que se basa para presentar la casación.
- iii. Insiste en que, existe una falta de motivación y una errónea interpretación de la sentencia dictada en contra de su defendido, por lo que el recurso interpuesto debe ser admitido.

6.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO

6.1 Con respecto al recurso de casación

La casación desde sus orígenes ha sido entendida como un medio que asegura la sujeción de los juzgadores al imperio de la legalidad sustancial y procesal, lo cual permite una correcta aplicación y observancia del derecho positivo en las resoluciones judiciales. *Prima facie* debemos partir de que el recurso de casación es extraordinario y de carácter formal y, su importancia reside en que el Tribunal de Casación solo puede pronunciarse sobre la legalidad de la sentencia (*errores in iudicando*), por lo que las juezas y jueces están impedidos de realizar un nuevo examen de la prueba actuada, limitándose a enmendar los posibles errores de derecho cometidos en el acto de juzgar.

Como bien señala Fabio Calderón Botero “*el error in iudicando es de derecho cuando expresa un falso juicio de valor sobre la norma. Ese juicio erróneo puede recaer sobre su existencia, su selección o su hermenéutica. Se entiende que afecta su existencia, el error de tener como vigente un precepto no promulgado o previamente derogado; que altere su selección, el haberse equivocado en la escogencia de la norma para regular una situación dada; y, por último, que desvirtúe su hermenéutica, el interpretar incorrectamente su sentido [...]*”².

En nuestra opinión, el recurso de casación en la forma prevista en nuestra ley positiva, está encaminado a corregir yerros intelectivos que se presentan en el plano normativo de la ley, es decir, errores de puro derecho, mismos que son atribuibles a los tribunales de segunda instancia, con base

² Fabio Calderón Botero, *Casación y Revisión en Materia Penal*, 2ª ed., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1985, p. 14.

a un defecto cognoscitivo que se avizora en el raciocinio que realiza el juzgador.

En este escenario, atendiendo a las características del instituto de la casación de ser limitado y extraordinario, su procedencia se circunscribe a la violación de la ley, bajo tres premisas: a) Contravención expresa de su texto, cuyo significado literal alude a “*obrar en contra de lo que está mandado*”, es decir, desatender lo que la norma prescriptiva manda, prohíbe o permite, cuya violación en el plano jurídico se sintetiza en los siguientes presupuestos: i) desconocimiento de la existencia de la norma, y, ii) falta de consideración en su ámbito material de validez: tiempo y espacio. Bajo estas circunstancias la contravención expresa de la ley, como bien afirma, Manuel de la Plaza, citado por Fabio Calderón Botero “por obvias razones, es el menos frecuente, porque implica desconocimiento total de circunstancias que el juez debe conocer; y, eventualmente, puede implicar dolo o inexcusable ignorancia”; b) Indebida aplicación, misma que se verifica cuando el juzgador en su fallo deja de aplicar la norma atinente al caso, vale decir, aquella que regula el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, y en su lugar emplea una norma que no es obligatoria ni exigible para el caso en concreto, lo que se conoce en la jerga jurídica como “*error de subsunción*”; y, c) Errónea interpretación, atribuible básicamente a un defecto hermenéutico, que se presenta en los siguientes supuestos: i) el juzgador selecciona el precepto legal correcto pero le atribuye un significado jurídico equivocado; ii) al momento de aplicar la norma legal se reduce su radio de acción y alcance y; iii) al desentrañar su significado la tarea intelectual del juzgador le orienta a derivaciones dilatadas o limitadas.

Bajo estos presupuestos al acudir a sede de casación el recurrente debe respetar los hechos y la valoración probatoria realizado por los juzgadores de instancia, derivando su argumentación a cuestiones de pleno derecho, es decir un examen de legalidad en la aplicación de la ley penal.

6.2 De la fundamentación del recurso, y vulneraciones legales invocadas por el recurrente

Cuando la Corte de Casación analiza las pretensiones expuestas por el recurrente, concentra su estudio en comprobar el cumplimiento de las exigencias formales propias de este medio impugnatorio, en aras de preservar el carácter extraordinario del recurso de casación.

En este sentido, el art. 349 del estatuto procesal, vigente a la fecha del hecho, conmina a que el recurrente señale la causal correspondiente, exponiendo los cargos en sustentación del recurso, el motivo, el sentido del ataque y los argumentos que servirían de fundamento para construir su pretensión.

Para el caso *in examine*, el recurrente al momento de la fundamentación del recurso, olvida aspectos técnicos aparejados a la casación, limitándose a un enfoque particular de los hechos cuya lógica, forma y efectividad del mensaje, no se encauza con la técnica de la argumentación jurídica.

Prima facie su exposición, denota la ausencia de habilidad para demostrar el cargo propuesto, lo cual constituye un óbice para construir, presentar y evaluar los razonamientos judiciales. Bajo este espectro, la Sala

observa que, la primera debilidad del reclamante se detecta al momento de precisar la disposición legal infringida, puesto que hace alusión a una errónea interpretación, pasando por alto la enunciación de la norma, cuestión axial en el soporte del recurso.

Como segundo cuestionamiento, el casacionista manifiesta que existe una violación a la ley, materializando la censura en una de las causales previstas taxativamente en el art. 349 del Código Adjetivo Penal, esto es errónea interpretación; empero, su discurso no apunta a demostrar que el planteamiento expuesto goce del respaldo de una maniobra teórica adecuada, toda vez que, el cargo denunciado debe estar acompañado de una argumentación que identifique y reconstruya las tesis formuladas en lenguaje claro y comprensible, hecho que en la especie, no se evidencia y por ende, tiende la pretensión al fracaso.

A pesar del desatino en que incurre el casacionista, este Tribunal de Casación advierte que, el único ataque formulado por parte del recurrente en contra de la sentencia del *ad-quem* que amerita su estudio, es la violación del art. 76.7 1) de la Constitución de la República. Por lo anterior, este cuerpo colegiado, como metodología para responder el reproche contenido en el libelo de la pretensión, considera pertinente analizar en el orden inmediatamente anterior.

6.2.1 Sobre la motivación de las resoluciones judiciales acorde al mandato establecido en el art. 76.7 1) de la Constitución de la República

Como es sabido la motivación constituye el eje articulador del sistema judicial democrático, puesto que, aleja a las decisiones judiciales de atisbos de arbitrariedad y genera en el colectivo social la confianza en la actividad jurisdiccional.

Bajo esta premisa, la motivación es fuente de legitimación del juez, el cual en palabras de Bentham, es "*ojos y oídos de la justicia humana*", por tanto, sus decisiones deben abarcar la justificación de los medios de convicción, la aplicación de los hechos al derecho y la pertinencia de cada uno de ellos, con lo cual se satisface los postulados del debido proceso.

En consideración de lo precedente, tenemos que para que se cumpla esta garantía no basta la enunciación genérica de preceptos jurídicos, sino la exposición concreta de cómo se produce la valoración probatoria y la aplicación del derecho.

Lo dicho, encuentra sostén en lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en el Caso Tristán Donoso vs Panamá, de 27 de enero de 2009, párrafo 153, expone:

El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos, que puedan afectar derechos humanos, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las "debidas garantías" incluidas en el artículo 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso.

Bajo lo expuesto, emerge el derecho de motivación de las sentencias, que en el nuevo modelo de Estado, abarca dos dimensiones: (i) objetiva, en razón de que los argumentos que sirven de sustento a la *ratio decidendi*, deben responder a la dialéctica jurídica del debate probatorio, centrándose a dar respuesta cada uno de los reproches esgrimidos por los sujetos procesales y; (ii) subjetivo, por cuanto la decisión de *factum y de iure* adoptada en el litigio por el juzgador, debe ser cognoscible a sus destinatarios, a fin de que puedan ejercitar sus derechos de manera efectiva.

Este modelo planteado, permite en la praxis desterrar la falta de racionalidad de los fallos judiciales y hacer efectivo el principio de publicidad, puesto que, no basta indicar los elementos probatorios actuados sino la conducencia y pertinencia de aquellos.

Para el caso *in examine*, ocurre que la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, al emitir el fallo, ratifica la sentencia del juez *a-quo* que resolvió condenar a LESTER FERNANDO ÁLVAREZ MONCADA por el ilícito de tránsito tipificado y sancionado en el art. 127 a), c), e) y f) de la ley de la materia, dosificando el *quantum* de la pena a cuatro años, seis meses de prisión correccional.

Para verificar el cargo propuesto por el casacionista, se vuelve imperativo acudir a una lectura integral de la sentencia impugnada, en donde el juzgador considera probada la materialidad de la infracción y la responsabilidad del sentenciado. Conforme a los argumentos allí plasmados, este Tribunal de Casación, observa que el fallo recurrido, en su acápite QUINTO, abarca el análisis pertinente del caudal probatorio actuado por los sujetos procesales, mismo que cohesiona con la teoría del caso presentada por Fiscalía y, que permitió al juzgador arribar a la certeza de la existencia del delito y la responsabilidad del procesado.

Del texto del fallo impugnado se aprecia que, el juzgador en su análisis intelectual y valorativo resuelve todos los puntos controvertidos en la audiencia, los cuales versan sobre el juicio de reproche al acto y al autor. Siendo así es visible que, en el plano objetivo y normativo la conducta típica, antijurídica y culpable encuentra sustento en las siguientes piezas procesales: a) testimonio del Cbos de Policía Diego Riera quien elaboró el parte policial en donde se detallan las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la infracción; b) testimonio de los peritos Andrés Borja Cañas y Carina Segovia Vega, quienes elaboraron los informes de reconocimiento y reconstrucción del lugar de los hechos, en su orden; c) protocolo de autopsia de quien en vida fue (+) Ricardo Pudemag Villota, en donde se concluye que la causa de muerte se debe a un accidente de tránsito que ocasionó una hemorragia cerebral, edema cerebral, hematoma subdural y hemorragia subaracnoide, lo cual fue ratificado con el testimonio del doctor Hugo Torres Matamoras.

En estas circunstancias el fallo del *ad-quem* no contraviene principio constitucional alguno, por cuanto las valoraciones adoptadas atienden la justicia material del caso; tampoco, existe una incorrecta aplicación de las premisas mayor (disposición legal) y menor (hechos fácticos), lo cual se demuestra en la conclusión arribada, ya que acorde al texto de la sentencia recurrida la materialidad de la infracción y responsabilidad del acusado se determinó con certeza enervando la presunción de inocencia que acompaña

al recurrente. Finalmente, dicha decisión, tanto en su forma como en su contenido es clara y precisa, lo cual permite desentrañar su verdadero sentido.

En aplicación de estos derroteros, el reproche realizado por falta de motivación de la sentencia, no resulta válido; por cuanto, la afirmación de una inconformidad con la valoración probatoria, realizada por el tribunal de instancia o el descontento con los argumentos suministrados por el juzgador, porque se considera que deben ser presentados de otra manera, no se encaminan a demostrar el yerro pregonado.

Bajo estos presupuestos y al verificar *per se*, que la sentencia impugnada no adolece de error *in iudicando* alguno, este Tribunal de Casación, de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, por unanimidad:

RESUELVE

- 1) **Declarar** improcedente el recurso de casación interpuesto por el recurrente sentenciado Lester Fernando Álvarez Moncada, al no haberse demostrado cual es la violación de la ley en la sentencia recurrida, conforme lo expuesto en la parte motiva del fallo.
- 2) **No hay mérito** para casar de oficio la sentencia impugnada.
- 3) **Devuélvase** el proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la presente resolución.

Notifíquese, cúmplase, y publíquese. f) Dr. Miguel Jurado Fabara, **JUEZ NACIONAL PONENTE** f) Dra. Gladys Terán Sierra, **JUEZ NACIONAL**; f) Dr. Edgar Flores Mier, **CONJUEZ NACIONAL**.- Certifico: f) Dra. Ximena Quijano Salazar, Secretaria Relatora.

CERTIFICO: Las cuatro (4) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito, 12 de enero del 2017


Dra. Ximena Quijano Salazar
SECRETARIA RELATORA

JUICIO No. 0978-2015
RESOLUCION No. 1615-2016
RECURSO: CASACION
PROCESADO: Ángel Gustavo Alvarado Rodríguez
DELITO: HOMICIDIO SIMPLE

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL,
PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL
Y TRÁNSITO**

Caso No. 17721-2015-0978-ZP-

**LA FISCALÍA CONTRA EL CIUDADANO ANGEL GUSTAVO ALVARADO
RODRÍGUEZ.**

CONJUEZA PONENTE: Dra. Zulema Pachacama Nieto

San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano 7 de septiembre de 2016, las 11h02.

VISTOS:

1. ANTECEDENTES

- 1.1. El Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo de los Tsáchilas, en sentencia de 30 de enero de 2015, las 08h37, declaró al ciudadano Ángel Gustavo Alvarado Rodríguez, autor culpable del delito tipificado y sancionado en el artículo 449, del Código Penal, esto es homicidio simple, imponiéndole pena privativa de libertad de ocho años de reclusión mayor ordinaria.
- 1.2. El procesado interpuso recurso de apelación. La Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, en sentencia de mayoría de 2 de junio de 2015, las 10h30, desechó el recurso interpuesto, y confirmó en todas sus partes la sentencia subida en grado.
- 1.3. El ciudadano con condena interpuso recurso de casación contra tal sentencia.

2. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Para la audiencia de fundamentación del recurso el Tribunal de casación estuvo integrado por la doctora Zulema Pachacama Nieto, Conjueza Nacional ponente, por licencia concedida a la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional; el doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional; y, el doctor Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional, por licencia concedida a la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional.

No se ha impugnado la competencia del Tribunal ni a quienes lo integramos.

3. DEL TRÁMITE

Por la fecha en que se ha presentado el recurso corresponde aplicar la Ley reformativa al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, publicada en el

Suplemento del Registro Oficial 555, de 24 de marzo de 2009, por lo que se fundamentó el recurso de casación en audiencia oral, pública y de contradictorio.

No se ha omitido ni trasgredido requisito ni solemnidad que pueda causar la nulidad procesal, por lo que se declara la validez de lo actuado.

4. PLANTEAMIENTOS DE LAS PARTES

4.1. El recurrente ciudadano Ángel Gustavo Alvarado Rodríguez, a través de su defensa técnica, reprochó la sentencia de la Corte de Apelaciones ya que en su criterio:

- i. Viola los artículos 14, 70, 75 y 76,a),b) de la Constitución de la República del Ecuador, los artículos 4, 9, 80, 282, del Código de Procedimiento Penal, 85 y 88 del Código Penal, respecto de la igualdad, de los derechos de protección y de los elementos de pruebas, puesto que, dentro del proceso no fue notificado con las actuaciones, la Fiscalía actuó sin objetividad, hay duda.

- ii. Errónea interpretación, sin especificar de qué norma

Solicitó se case la sentencia y se declare la inocencia del recurrente.

4.2. La Fiscalía a través de su delegado doctor Marco Navas Arboleda, contestó:

- i. El recurrente no se ha referido a una causal respecto de la casación, según el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal..
- ii. El recurrente, no ha especificado los errores de derecho de la sentencia recurrida, limitándose a mencionar varios artículos; y su objetivo es que se valore nuevamente la prueba.
- iii. la sentencia está debidamente motivada, de conformidad al artículo 76.7.I) de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 4, 65, 70, 80, 85, 87, 88, 119 del Código de Procedimiento Penal, es una sentencia en la que se ha respetado el debido proceso, en la que se valoró la prueba presentada, de conformidad a la sana crítica, entre la infracción y la responsabilidad del procesado, nexo causal que se demostró la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado.

Solicitó se declare improcedente el recurso.

4.3. RÉPLICA. El recurrente, al ejercer su derecho a la réplica del recurso expresó:

“Cumplí con los tres presupuestos que dice el Art. 349, uno de ellos el principal por contravención expresa de su texto, la Constitución dice en el Art. 76 numeral 7. (lee), se mutiló el proceso es decir se contravino a lo que dice la ley, se interpretó indebidamente en forma errónea esa disposición, en vez de darnos la razón o con nulidad o con una sentencia a favor porque carece de eficacia probatoria, dice el Fiscal que la sentencia ha sido benévola y que hay otras agravantes, por el principio de favorabilidad despacharon así los jueces; probé con testigos que él estuvo en Quito que almorzaron juntos con los testigos y que no estuvo en Santo Domingo, declararon los directivos de la cooperativa, y dijeron que él salió de Santo Domingo hace dos años atrás[...].”

5. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

5.1. Sobre la vigencia del Código Orgánico Integral Penal

Vigente en su totalidad el Código Orgánico Integral Penal¹, desde el 10 de agosto de 2014, no encontramos que contenga norma benigna que deba aplicarse con efecto retroactivo en favor de la procesada.

La descripción fáctica del artículo 459 del Código Penal, se mantiene en el artículo 144 del Código Orgánico Integral Penal, lo que está previsto en la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, requisito para que la causa prospere:

“PRIMERA: Los procesos penales, actuaciones y procedimientos de investigación que estén tramitándose cuando entre en vigencia este Código, seguirán sustanciándose de acuerdo con el procedimiento penal anterior hasta su conclusión, sin perjuicio del acatamiento de las normas del debido proceso, previstas en la Constitución de la República, siempre que la conducta punible esté sancionada en el presente Código.”

5.2. Sobre la naturaleza del recurso de casación

5.2.1. La Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 1, 11, 66, 75, 76, 77, 81, 82, 167 consagra y reconoce al Ecuador constitucional de derechos y justicia, cuyo máximo deber es respetar y hacer respetar los derechos humanos, se garantiza los derechos, la vida, la igualdad formal y material, a la integridad, a la tutela efectiva, imparcial y expedita, a la propiedad, al debido proceso y la motivación, a ser juzgado por un juez competente, a impugnar las decisiones judiciales, a la seguridad jurídica de la que una de sus expresiones es la legalidad, en que la potestad de administrar justicia emana del pueblo quien la ejerce a través de los órganos de la Función Judicial y otras autoridades legítimas, y en que el proceso penal es un medio para la realización de la justicia que debe atender a principios fundamentales como la legalidad y la mínima intervención penal, y en que las resoluciones deben estar motivadas.

5.2.2. La ex Corte Constitucional para el Periodo de Transición², en varias de sus sentencias, definió lo que constituye el debido proceso en un Estado constitucional:

- i.** Un Estado Constitucional de derechos y justicia es aquel en el cual “...la persona humana debe ser el objetivo primigenio, donde la misma aplicación e interpretación de la ley sólo sea posible en la medida que esta normativa se ajuste y no contradiga la Carta Fundamental y la Carta Internacional de los Derechos Humanos...”³.
- ii.** “...En sentido material, el debido proceso es el adelantamiento de las etapas del proceso y el cumplimiento de las distintas actuaciones judiciales, con sujeción a las garantías constitucionales y legales, como límite de la función punitiva del Estado (noción formal más

¹ Suplemento del Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014

² Como intérprete única de la Constitución actual y vigilante del ejercicio pleno de los derechos humanos. Según sentencias:

“...La Corte Constitucional, único intérprete de la actual Constitución, está obligada a interpretar la misma en favor del ejercicio pleno de los derechos fundamentales y de los derechos humanos, como se ha determinado incluso en su propia jurisprudencia...”

Sentencia 004-09-SCN-CC, caso 0001-08-AN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 43, de 8 de octubre de 2009,

³ Sentencia 007-09-SEP-CC, caso 0050-08-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 01 de junio de 2009.

cumplimiento de los fines y derecho constitucionales) ... Hay debido proceso desde un punto de vista material, si se respeta los fines superiores como la libertad, la dignidad humana, la seguridad jurídica y los derechos constitucionales como la legalidad, la controversia, la celeridad, la publicidad, la prohibición de la reforma in pejus, y el doble procesamiento por el mismo hecho etc”⁴.

iii. La seguridad jurídica es “... la garantía constitucional dada a los ciudadanos y ciudadanas por el Estado, de que sus derechos no serán violados; si esto ocurriera, se los protegerá. Es la convicción, la seguridad que tiene el ciudadano y ciudadana de que su situación jurídica no será, de ninguna manera cambiada más que por procedimientos establecidos previamente. Esto quiere decir estar seguros de algo y libre de cuidados...”⁵.

iv. Para que una resolución sea motivada “...se requiere que sea fundamentada, es decir que se enuncien las normas o principios jurídicos en que se basa la decisión...”⁶. Y, posteriormente ha dicho que “La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve, y que nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión...”⁷.

5.2.3. Sobre lo que implica el recurso de casación la ex Corte Constitucional para el Periodo de Transición mantuvo un criterio amplio, según el cual este recurso permite tanto la revisión de los hechos y del derecho, para así cumplir con la función normofiláctica y garantizadora del derecho subjetivo de las partes en litigio.⁸

Ejemplo de esto fue la sentencia 021-12-SEP-CC, dictada en el caso 0419-11-EP- en que la Corte mencionada criticó la falta de análisis probatorio⁹.

⁴ Sentencia dictada en el caso 002-08-CN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 01 de junio de 2009.

⁵ Sentencia 008-09-SEP-CC, caso 0103-09-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 1 de junio de 2009.

⁶ Sentencia 0144-08-RA, caso 0144-08-RA, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 615 de 18 de junio de 2009.

⁷ Sentencia 069-10-SEP-CC, caso 0005-10-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 372, 27 de enero de 2011.

⁸ En la sentencia 003- 09-SEP-CC, caso 0064-08- EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 1 de junio de 2009, la Corte indicada, expuso que la doctrina y la jurisprudencia de la casación presentan dos corrientes: Una que circunscribe las actuaciones del tribunal a los aspectos de Derecho. Y, otra que cuestiona aún los hechos:

“En una interpretación más amplia y circunscrita al recurso de casación en materia penal. Se ha entendido que en la casación no sólo pueden revisarse cuestiones de hechos, sino que se deben revisar éstos; no hacerlo implicaría la violación a la garantía de la doble instancia en el proceso penal, reconocida en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos (por ejemplo: Art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Para sostener esta posición se utiliza la teoría alemana de la Leistungsfähigkeit (o agotamiento de las capacidades de revisión, que sostiene que un tribunal de casación debe revisar todo lo que le sea posible, quedando solamente excluidas las cuestiones directamente relacionadas al principio de inmediación.”

⁹ Sentencia en la cual luego de valorar las pruebas documentales, testimoniales, periciales, la ex Corte Constitucional para el periodo de Transición, dijo: “El artículo 304-A (304 numeral 1) del Código de Procedimiento Penal reformado señala en la parte pertinente: “La sentencia debe ser motivada y concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado; en el primer caso, cuando el Tribunal de Garantías Penales tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y

En sentencia No. 180-12-SEP-CC, 03 de mayo del 2012, caso No. 0981-11-EP, la misma Corte, indicó:

“Previamente a analizar el auto que niega el recurso de casación, la Corte debe señalar que este es un recurso previsto para garantizar un mayor grado de profesionalismo, confiabilidad y especialización en la administración de justicia, que persigue la celeridad, a la vez eficiencia y mayor grado de certidumbre jurídica para los ciudadanos, así ha conceptuado la Corte al recurso de casación, cuando ha determinado que el mismo: ‘propende la defensa del derecho objetivo, ius constitutioni, o función normofiláctica, velando por su correcta, general y uniforme aplicación e interpretación, así como la protección y restauración del derecho subjetivo de las partes en litigio (ius litigatoris) cuando los tribunales hubieran aplicado indebidamente el derecho al caso particular sometido a su juzgamiento. El recurso de casación permite enmendar el juicio o agravio inferido a los particulares, con las sentencias de los tribunales de primera instancia, y de apelación o de alzada; entonces, la casación busca lograr varios objetivos como son la uniformidad y generalidad en la aplicación de la ley y doctrina legal en los distintos Tribunales del país, hacer justicia en el caso concreto en que una sentencia hubiere violado el derecho en perjuicio de algún litigante’...”

5.2.4. La actual Corte Constitucional, en funciones desde el 6 de noviembre de 2012, en sentencia No. 001-13-SEP-CC, dictada en el caso No.1647-11-EP, 6 de febrero del 2013, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 904, de 4 de marzo de 2013, abandonó la posición de su antecesora y ha planteado que:

“El caso *sub judice* nace de un Juicio Penal, por lo tanto se remite a los dispuesto en el Código de Procedimiento Penal, en el cual se determina que el recurso de casación será procedente cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, o por indebida aplicación o errónea interpretación. Además el pedido no puede fundarse en volver a valorar la prueba, conforme lo determina el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal de esta forma, se evidencia, una norma que restringe la competencia de los jueces de casación en materia penal, limitándolos únicamente hacia el análisis de la sentencia en referencia a estas tres circunstancias.

Por lo tanto, al momento de resolver el recurso se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que los jueces tengan competencia para analizar temas de mera legalidad, que ya fueron resueltos y discutidos en las instancias inferiores, como por ejemplo el análisis de informes periciales, o la procedencia y valoración de pruebas, ya que si esto fuera así se desconocería la independencia interna de los jueces y tribunales de garantías penales garantizada en la Constitución de la República en el artículo 168 numeral 1 que reza: “*Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley*” y específicamente prevista en

de que el procesado es responsable del mismo; y en el segundo caso, si no se hubiere comprobado la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o cuando existiere duda sobre tales hechos”.

En la especie, si bien está acreditado el accidente de tránsito y que el vehículo causante del mismo estaba conducido por el procesado Iván Gonzalo Ubidia Mejía, que fue detenido, no se ha logrado acreditar cómo se produjo el mismo: si fue a consecuencia de la explosión de la llanta o la misma explotó a causa del atropellamiento, ya que no hubo testigo presencial del hecho, y al momento de practicar la pericia en el lugar de los hechos no se encontraron huellas.”

el Código de Procedimiento Penal en los artículos 28 y 29 en los que se les dota de la atribución de llevar acabo la sustanciación del juicio...

Ya en la etapa de impugnación, dentro de la cual, de ser el caso, se presente un recurso de casación, se debe analizar la violación de la ley dentro de la sentencia, más no otros asuntos cuya competencia como ya se dijo radica en los jueces de garantías penales...”

Disponiendo que la sentencia sea llevada a conocimiento de la Fiscalía y del Consejo de la Judicatura, para los fines pertinentes.

Este criterio lo ha ratificado la Corte Constitucional en la sentencia No. 008-13-SEP-CC, caso No. 0545-12-EP, de 2 de abril de 2013.

Este Tribunal no valorará la prueba, ni revisará las actuaciones judiciales que constituyan parte de las distintas instancias¹⁰.

5.3. Sobre la materia del recurso

La solicitud principal del recurrente, en ejercicio de su facultad a impugnar las resoluciones, está referida a revisar etapas precluidas, y a revalorizar la prueba, respecto del delito como de la participación.

Otra petición refiere a la falta de motivación de la sentencia, en lo relacionado con los hechos probados y la ley aplicada.

5.4. Antecedentes que conoció el Tribunal de Apelaciones

Según el considerando tercero de la sentencia del Tribunal de Apelaciones, expuso que:

“[...] **ANTECEDENTES.-** ‘...el 6 de enero de 2014, en la Coop. Nuevo Amanecer, entre las 10 a 10h30, a pocos metros de su domicilio, se ha quitado la vida a quien se ha sabido llamar Juan Manuel Rentería Quiñonez, dos personas a bordo de una motocicleta, uno de ellos el acusado quien ha conducido la motocicleta, existiendo un antecedente a decir de la viuda quien ha referido que hace un mes y medio antes ella y su esposo el hoy occiso adquirieron unas copas de cristal a un chico en 3,00 dólares, días seguidos ha acudido a su vivienda una señora y un menor de edad, según la investigación se ha tratado de la esposa del acusado con un hijo de la misma a reclamar esas copas, diciendo que unos días atrás había sufrido un robo en su vivienda y que esas copas que ella habría comprado eran de su propiedad, al igual que un televisor, por lo que ha ido a su casa a pedir que le devuelva y al no tener un título de propiedad que sus bienes no ha podido reclamar y hasta la policía le ha dicho que se retire, lo cual ha ocasionado un desenlace fatal; que se ha realizado dos disparos y uno de ellos le ha llegado a en la cabeza, el que le ha causado la muerte al Sr. Juan Manuel Rentería Quiñonez...(sic). La Fiscalía formuló cargos en contra de BRYAN GUSTAVO ALVARADO LLERENA Y ANGEL GUSTAVO ALVARADO RODRIGUEZ, como presuntos autores de un delito contra la vida,[...]’ (sic)

La Sala de apelaciones expone:

“SÉPTIMO.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.- En la etapa de juicio es en donde la actividad procesal desplegada en la etapa de Instrucción Fiscal se debe convertir en prueba ante el Tribunal de mérito, capaz de comprobar que todos y cada uno de los elementos contenidos en un tipo penal concreto estén presentes en la conducta del o de

¹⁰ Actividad que se venía realizando al amparo del criterio anterior.

los procesados y, es preciso que ese acto injusto tenga un nexo causal con el procesado plenamente individualizado e identificado. El fin de esta comprobación es establecer la existencia jurídica del delito y la identidad del sujeto agente del mismo, esto a consecuencia del principio de reserva o de legalidad instituido en el Art. 76 numeral 3 de la Constitución de la República. Todo esto implica que primero debe existir una hipótesis penal y luego que el acto antijurídico sea estrictamente igual al contenido en la hipótesis, en otras palabras, que el delito objeto del proceso tomó vida por la conducta del o los imputados. En ese orden el Art. 85 del Código de Procedimiento Penal condiciona que la prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado. En el presente caso, se alega indefensión por no haber sido notificado desde el inicio de la investigación, de las constancias procesales se observa que en el acta resumen de formulación de cargos e inicio de la instrucción fiscal, el procesado se encuentra asistido por la defensoría pública, por ende ha tenido una defensa técnica, no habiendo indefensión, así mismo en la audiencia preparatoria de juicio, por ende no a lugar a lo aseverado en éste punto. En relación a la materialidad, consta el protocolo de necropsia del Dr. Ramón Posligua, quien realizó la autopsia médico legal a quien en vida fue el señor JUAN MANUEL RENTERÍA QUIÑONEZ, quien desde su punto de vista determinó una muerte violenta, POR HEMORRAGÍA GENERAL AGUDA POR ENTRADA Y PASO DE PROYECTIL DE ARMA DE FUEGO; y, el reconocimiento del lugar de los hechos, diligencia realizada por el perito Ángel Gualán Agila, elementos probatorios sobre los cuales los sujetos procesales llegaron a un acuerdo probatorio, hecho aceptado en virtud del principio de verdad procesal, establecido en el Art. 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, además, de conformidad a lo señalado en el inciso segundo del artículo 286.1 del Código de Procedimiento Penal que expresa: "Los sujetos procesales pueden convertir en: acuerdos específicos relacionados a hechos constitutivos de prueba, los que serán puestos a conocimiento del Tribunal de Garantías Penales", lo que a criterio de Alfonso Zambrano Pasquel apunta "...a evitar discusiones inanes con claro desmedro de los principios de economía, celeridad y eficiencia procesal..." (Estudio Crítico a las reformas a los Códigos Penal y Procedimiento Penal del 29 de marzo de 2010), indica además el mencionado autor que las convenciones probatorias son acuerdos tomados entre las partes en un proceso penal. Estos acuerdos pueden versar sobre hechos, circunstancias o medios de prueba. De esta manera, si se conviene sobre cualquiera de los dos primeros, éstos serán tomados por ciertos en el juicio oral y se dispensará de la carga de probarlos, por ende se encuentra probada la materialidad de la infracción, habiéndose comprobado la existencia material a la infracción, por lo que corresponde examinar la prueba actuada que dé la certeza de la responsabilidad y que es, en lo que los recurrentes han centrado su recurso.- Respecto de la responsabilidad encontramos por fallo de mayoría que existe el testimonio de María Rentería, hermana del occiso, quien incluso reconoció en la audiencia de juzgamiento al ahora procesado, dice que a pesar de que llevaba puesto un casco ella alcanzó a reconocerlo porque estaba a pocos metros del lugar de los hechos, que si bien es cierto, ella escuchó un disparo e inmediatamente salió y vio a dos ciudadanos que estaban en una moto, al que iba conduciendo lo reconoció como el ahora recurrente y al otro ciudadano, como el hijo quien se encuentra prófugo en los actuales momentos. En el mismo sentido Néstor Mera, quien es el cuñado expresa que él también escuchó unos disparos, que fueron dos, que inmediatamente salió porque se encontraba a pocos metros y pudo identificar tanto al papá como al hijo según consta en su testimonio y también lo reconoció en el momento de la audiencia, que él los vio de frente, que estaba a escasos 5 o 6 metros. Inmediatamente de suscitados los hechos llegan los policías Miguel Ángel Pilamunga Bravo, quien el día de los hechos se trasladó al Hospital Gustavo Domínguez, a verificar una persona herida, verificó que el herido era de apellido Rentería, con una herida de arma de fuego en la cabeza con pronóstico reservado, y tomó contacto con la señora Angélica Alcívar, esposa del herido quien le dijo que a eso de las diez de la mañana su esposo tuvo un inconveniente con dos personas, que llegaron a su domicilio en la Cooperativa nuevo Amanecer, siendo una de éstas Bryan Alvarado acompañado de su padre a bordo de una motocicleta negra; Marisela Vanessa Mosquera Jiménez, quien el día de los hechos, esto es, el 6 de enero del 2014, recibió una llamada al convencional del UPC, y le comunicaron que a unas 3 o 4 cuadras estaba una persona herida con arma de fuego y le pidió al cabo Rosero que le colabore

a dar auxilio y le dijeron que fueron dos personas a bordo de una motocicleta negra; y, Baldomero Eduardo Yáñez, quien el 6 de enero del 2014, fue al Hospital Gustavo Domínguez, a realizar el levantamiento de un cadáver identificado como Juan Rentería Quiñónez, y al entrevistarse con la esposa del fallecido, esta les dijo que los responsables eran Ángel Alvarado y Bryan Alvarado, por ende, los mencionados policías son quienes contactan con los testigos y sus testimonios son concordantes con ellas con los nombres de las personas que participaron en este hecho, por ende no ha lugar a lo manifestado por la defensa del procesado a éste punto, ya que desde un inicio se identificó al ahora sentenciado-respecto de los 3 testimonios de personas de Quito, presentados por la defensa, los mismos no son concordantes entre sí, por ende, estos tres testimonios que según la defensa fueron valorados por el Tribunal, y el hecho de que no consten en la parte expositiva de la sentencia no significa de que no hayan sido considerados, puesto que del análisis de la sentencia si se observa que se los analiza en el punto 8.1.1, al expresarse que resultan contradictorios unos con otros, que no proporcionan datos exactos respecto de las actividades que dicen ha realizado el procesado el día de los hechos; es decir, no quitan la credibilidad de la prueba presentada por la Fiscalía, esto analizando los otros Testigos que fueron presentados por la defensa y analizada la prueba en su conjunto, hay contradicciones las cuales las saca a relucir el Tribunal al momento de hacer su fundamentación en la sentencia respecto a la responsabilidad del procesado; ya que Wellington Roberto Vélez Rodríguez, dice que vive en Quito y que el día 6 de enero del 2014, estaba trabajando en el semáforo de Chillogallo, como comerciante ambulante que es, y se encontró a eso de las diez y media de la mañana con el señor Gustavo, como todos los días lo hace y trabajan en el mismo semáforo, que el procesado vende aguas y él vende otras cosas; Edwin Marcelo Ponce Vera, refiere que el día 6 de enero, estábamos trabajando en Chillogallo, cuando fue llamado con su compañero Gustavo Alvarado, a eso de las 10 a 10 y media, expresa que el vendía peluches, ambientales y el procesado lo mismo; Galo Alcides Espinoza Saltos, manifiesta que el día de los hechos el día 6 de enero, se topó con el procesado, quien inclusive le invitó a tomar unas cervecitas y que él le dijo que no toma porque le hace daño, además que ese día el deponente se encontraba trabajando en su puesto entre la García y Moreno, de donde él veía que siempre llegaba el procesado, que se lo topó a eso de las ocho cuando iba a hacer las compras, que el procesado le había comentado "que vende cosas para los carros y así, eso vendía"; es decir, no son concordantes entre sí, uno dice que el procesado vendía agua en Chillogallo, otro peluches y ambientales, otro que le refirió que vendía cosas para carros, es más, son incongruentes respecto a la ubicación donde habían observado al procesado, uno refiere el centro, esto es en la calle García Moreno, y otros en el Sur de Quito, sector de Chillogallo, por ende, no son suficientes para enervar la prueba de la fiscalía. Hay varios fallos de la Corte Nacional de Justicia en los que se indica que el Juez no está obligado a mencionar todos los puntos o pruebas mencionados por las partes, esto no quiere decir que no se deje de valorarlos sino que hay que analizar toda la prueba en su conjunto y ver hacia donde apunta la misma, a la responsabilidad, a enervar la presunción de inocencia o a ratificar ese estado, lo cual la misma Constitución le da a todo ciudadano.- Todo esto conlleva a determinar que el Tribunal ha actuado aplicando las reglas de la sana crítica, ha verificado la certeza de la prueba que ha actuado Fiscalía que ha identificado a uno de los responsables del hecho. Conocido es que las pruebas tienen que ser apreciadas en su conjunto y de acuerdo a la sana crítica, de conformidad al tenor del artículo 86 del Código adjetivo Penal, aplicando lo que según E.J. Couture son las reglas de la sana crítica: "... son ante todo el correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del Juez, unas y otras contribuyen de igual manera a que el operador de Justicia pueda analizar la prueba ya sea de (testigos, peritos, de inspección judicial, etc.) con arreglo a la razón y a un conocimiento experimental de las cosas".... El tratadista agrega: "El Juez debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento...." Todo lo actuado en el juicio nos permite colegir y establecer que el sentenciado tuvo directa participación en el hecho

que originó este enjuiciamiento y no valorar las pruebas practicadas en la audiencia de juzgamiento sería aumentar la inseguridad jurídica afectando gravemente al sistema de administración de justicia y, precisamente, los operadores de justicia en aplicación de la Constitución de la República que en su artículo 1 establece que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, del artículo 66 numeral 1 que recoge el derecho a la inviolabilidad de la vida y negando la posibilidad de la pena de muerte; de los instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 3 reconoce que toda persona tendrá derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 4.1, que establece que a toda persona se le debe respetar su vida y que la ley lo protegerá a partir del momento de la concepción, no pudiendo privarse de la vida a una persona arbitrariamente. Es, por ende, una obligación que inexorablemente debemos cumplir en defensa de la sociedad. El delito acusado está tipificado y sancionado en el artículo 449 del Código Penal, esto es, el homicidio establecido como el "...cometido con intención de dar la muerte, pero sin ninguna de las circunstancias detalladas en el artículo siguiente, es homicidio simple y será reprimido con reclusión mayor de ocho a doce años.", de lo cual la Sala estima que considerando que la conducta de los procesados se ha ajustado a la norma mencionada; esto conforme lo ha esgrimido el Tribunal de Garantías Penales de la revisión y análisis del proceso, la intervención de los sujetos procesales en la audiencia y la sentencia impugnada; El Tribunal A- quo, según las reglas de la -sana crítica prevista en el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, ha valorado la prueba en su conjunto, existiendo coherencia entre los hechos probados y su parte resolutive, por lo que la Sala observa que la sentencia recurrida cumple con el mandato del artículo 76, numeral 7, literal I de la Constitución de la República y del artículo 304.1 y 309 del Código de Procedimiento Penal. Igualmente.- [...]” (sic)

Y resuelve:

“[...]Por las consideraciones expuestas y con la certeza de que está comprobada la existencia del delito así como que los procesados, son responsables del mismo; **"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA"**, SE RECHAZA EL RECURSO DE APELACIÓN interpuestos por el acusado ÁNGEL GUSTAVO ALVARADO RODRÍGUEZ, por falta de fundamento Y SE CONFIRMA LA SENTENCIA VENIDA EN GRADO, en todas sus partes.- Ejecutoriada esta Resolución, devuélvase el Proceso al Tribunal de origen, para los fines legales consiguientes. Cúmplase y Notifíquese.-[...]” (sic)

5.5. Reflexiones del Tribunal de Casación

SOBRE LA LEGALIDAD Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

5.5.1. El derecho a seguridad jurídica está consagrado en el artículo 82 de la Constitución, que dice:

“El derecho a la seguridad jurídica, se fundamenta en el respeto a la Constitución y a la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”

Sobre la seguridad jurídica la Corte Constitucional ha dicho “[...] la seguridad jurídica es la garantía constitucional dada a los ciudadanos y ciudadanas por el Estado, de que sus derechos no serán violados; si esto ocurriera, se los protegerá. Es la convicción, la seguridad que tiene el ciudadano y ciudadana de que su situación jurídica no será, de ninguna manera cambiada más que por procedimientos establecidos previamente. Esto quiere decir estar seguros de algo y libre de cuidados...” sentencia 008-09SEP-CC, caso 0103-09-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602 de 1 de junio de 2009.

5.5.2. Sobre el principio de legalidad y la tipicidad, la ex Corte Constitucional para el Periodo de Transición ha dicho:

“El principio de legalidad se configura necesariamente por un orden formado y basado en un orden legislativo. La tipicidad es la respuesta del derecho público al sistema positivo y tiene como fin la protección de los derechos individuales en el marco del Derecho Penal. La necesidad imperativa de la existencia de la ley, pone en marcha el derecho penal que al relacionarse con el principio de legalidad constituye su fórmula de oro: la ley lo puede todo en materia penal [...]

“El principio de legalidad es indispensable para el derecho penal, sin él no se puede entender su desarrollo y reconocimiento, forma parte de las facultades de la legislación; sin embargo, el principio de legalidad penal debe someterse al principio de constitucionalidad, ya que toda tipificación penal implica siempre una intervención en los derechos constitucionales y por consiguiente, puede ser constitucional o inconstitucional. Si bien es cierto, se reconoce como una facultad del legislador la de restringir derechos en virtud del *ius puniendi*; es decir, el legislador tiene un espacio de discrecionalidad para determinar que el contenido de la ley penal sea apropiado a las circunstancias sociales, políticas y económicas; como también, que esté en consonancia con la ideología de la mayoría de la Asamblea Nacional a través de procesos democráticos de adopción de leyes, el Estado califica las conductas prohibidas y fija las condignas sanciones, por lo cual, dentro de ciertos límites, es posible desarrollar la política criminal. En sí, la facultad no es ilimitada o, en otros términos, “el legislador no tiene una facultad discrecional absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen como fundamento del poder punitivo del Estado.” sentencia 0001-09-SEP-CC, caso 0002-08-CN, publicada en el Registro Oficial Suplemento 602 de 1 de junio de 2009.

5.5.3. La culpa, en el Código Penal, se basa en la previsibilidad, el artículo 14 en el inciso final, dice:

“Art. 14.- La infracción es dolosa o culposa.

[...]

La infracción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de Ley, reglamentos u órdenes.”

La descripción del homicidio simple en el Código Penal, es:

“Art. 449.- [Homicidio simple].- El homicidio cometido con intención de dar la muerte, pero sin ninguna de las circunstancias detalladas en el artículo siguiente, es homicidio simple y será reprimido con reclusión mayor de ocho a doce años.”

El delito de homicidio inintencional, exige tres elementos, a saber: **a)** la acción de matar a una persona, que es el aspecto material del delito; **b)** que el resultado típico, la muerte de la víctima, se deba a un acto no doloso del hechor, que es el aspecto subjetivo y moral; y, **c)** relación de causalidad entre el resultado, muerte, y la acción u omisión del homicida, se funda en la posibilidad de prever y prevenir el mal, el que ocurre por negligencia, imprudencia, impericia, inobservancia de mandatos por parte de quien actúa.

El bien tutelado, al tipificar la conducta de homicidio simple, es el derecho a la vida humana.

Respecto de la pretensión i), que se valore la prueba aportada en juicio, quedó expuesto en esta sentencia que tal actividad está prohibida por ley, no se lleva a cabo tal ejercicio; pero, sin embargo, queda constancia que se han registrado y valorado los testimonios de peritos médicos, quienes certificaron que la causa evidente de la muerte del ciudadano que en vida se llamó Juan Manuel Rentería Quiñónez *“determinó una muerte violenta, POR HEMORRAGIA GENERAL AGUDA POR ENTRADA Y PASO DE PROYECTIL DE ARMA DE FUEGO”*, de testimonio de personas que reconocieron al ahora recurrente como la persona que intervino en el hecho juzgado, lo que desacredita al argumento de la defensa técnica, que la Fiscalía intervino sin objetividad y con pruebas obtenidas en forma inconstitucional, más bien, existió una actuación apegada a los parámetros normales de procedimiento legal, acorde a los estándares constitucionales, no se puede hablar de una falta de objetividad, tanto más que el recurrente llegó a un acuerdo probatorio, en base al principio de la verdad procesal, por lo que con la fundamentación del recurrente, no se puede establecer errores de derecho en la sentencia impugnada.

Respecto de la pretensión ii), para motivar una decisión judicial penal en el sistema legal procesal penal que rige al procesamiento se ha establecido a la sana crítica, herramienta que permite aplicar reglas de la lógica, de la experiencia, del conocimiento de la o del juzgador, al caso sometido a resolución judicial, con base a la verdad procesal y con aplicación de la ley que contiene a los hechos probados.

La autoridad judicial debe encontrarse en estado de certeza cuando emite su decisión, ante la duda lo que corresponde es ratificar el estado de inocencia de la persona procesada.

El Código de Procedimiento Penal en el artículo, añadido a continuación del 304, dice:

“Art. 304-A.- Reglas Generales.- La sentencia debe ser motivada y concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado; en el primer caso, cuando el tribunal de garantías penales tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo; y en el segundo caso, si no se hubiere comprobado la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o cuando existiere duda sobre tales hechos.”

En la narración que hizo el recurrente, no se encuentran cuáles son las trasgresiones en que incurrieron los jueces del Tribunal de Apelaciones, para establecer los errores de derecho de la sentencia impugnada como lo dispone el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, con respecto a la falta de motivación, hemos encontrado que la Corte de Apelaciones en la sentencia emitida, revisó las pruebas del caso, como era su facultad, está debidamente motivada, de conformidad al artículo 76.7.1) de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial y 304^a 309 y 312 del Código de Procedimiento Penal, es una sentencia en la que se ha respetado el debido proceso, la seguridad jurídica y la tutela efectiva, de conformidad a los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República, es una sentencia en la que se valoró de conformidad a los artículos 83, 84, 86, 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal la prueba presentada, de conformidad a la sana crítica y la lógica jurídica, porque el nexo causal estuvo perfectamente demostrado, entre la infracción y la responsabilidad del procesado, nexo causal que se demostró con la autopsia, un examen pericial importantísimo, y por la abundante prueba testimonial, pericial y documental que existe en el caso, y una especial, el acuerdo probatorio, estos hechos son irrefutables, prueba plena que determinó precisamente el nexo causal, y consiguientemente demostró la materialidad de la

infracción y la responsabilidad del recurrente, es lo que ha concluido la Corte de Apelaciones

La Sala de Apelaciones, en el considerando sexto, analiza la prueba existente y en el considerando séptimo, concluye, con certeza, que existe el acto delictivo atribuible al procesado. El Tribunal de Casación estima que el criterio de los jueces del Tribunal de Apelaciones, es correcto, ya que la conducta del acusado, encaja en la descripción típica que subsume y reprime el artículo 459 del Código Penal, por lo que, en este razonamiento se encuadra una construcción lógica; pues, no se advierte error ni duda, tampoco incongruencia.

Por lo expuesto, este Tribunal, considera que el ciudadano con condena no ha fundamentado el recurso en una de las causales previstas en el Código de Procedimiento Penal para la casación; y, no ha demostrado que la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, en fecha 2 de junio de 2015, las 10h30, adolezca de trasgresión a la ley, sea por contravención expresa, indebida aplicación, o por errónea interpretación, en consecuencia:

ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, por unanimidad, con fundamento en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal declara:

1. Improcedente el recurso de casación, presentado por el ciudadano Ángel Gustavo Alvarado Rodríguez.
2. No existe causa para que este Tribunal case de oficio la sentencia recurrida.

Intervenga en la presente causa el doctor Carlos Rodríguez García, Secretario Relator de la Sala.

Se ordena que ejecutoriada esta sentencia se devuelva el expediente a la autoridad de origen para su ejecución.- **NOTIFIQUESE y CUMPLASE.** f) Dra. Zulema Pachacama Nieto, **CONJUEZ NACIONAL PONENTE** f) Dr. Jorge Blum Carcelén, **JUEZ NACIONAL**; f) Dr. Edgar Flores Mier, **CONJUEZ NACIONAL**.- Certifico: f) Secretario Relator. Dr. Carlos Rodríguez García

CERTIFICO: Las seis (6) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito, 12 de enero del 2017


Dra. Ximena Quijano Salazar
SECRETARIA RELATORA

JUICIO No. 1225-2014
RESOLUCION No. 1616-2016
RECURSO: REVISION
PROCESADO: de David Alejandro Picco Pérez
DELITO: TRANSITO

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA – SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL,
PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-**

JUEZ PONENTE
Dr. Luis Enríquez Villacrés

Quito, martes 6 de septiembre del 2016, las 10h31

ANTECEDENTES

VISTOS: El 15 de junio de 2015, las 17H08, el Juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Baños, dictó sentencia declarando la culpabilidad de David Alejandro Picco Pérez, en calidad de autor del delito culposo tipificado y sancionado en el artículo 127 literales a, c, d, y f, de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, imponiéndole la pena de tres años de prisión correccional, multa de veinte remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general, y suspensión de la licencia de conducir no profesional tipo “B” y de los derechos de ciudadanía, por un tiempo igual al de la condena; inconforme con tal decisión, el acusador particular interpuso recurso de apelación.

El 8 de octubre de 2015, las 15h39, la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, aceptó el recurso planteado, en tal virtud reformó la sentencia subida en grado, imponiéndole al procesado David Alejandro Picco Pérez, la pena de cinco años de prisión correccional y al pago de USD 157.680 dólares por concepto de reparación integral a favor del acusador particular, resolución que alcanzó el estado de ejecutoria.

El 22 de febrero de 2016, el sentenciado David Alejandro Picco Pérez interpuso recurso de revisión invocando las causales 3 y 4 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, mismo que recayó mediante sorteo en esta Sala de lo Penal, Penal Policial, Penal Militar y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

COMPETENCIA

El Consejo de la Judicatura, en cumplimiento con lo dispuesto por la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 182, por el Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 173; y, por la Resolución Nro. 341-2014, renovó parcialmente un tercio de las y los integrantes de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, y designó a las y los siete juezas y jueces quienes reemplazaron en sus funciones a las y los salientes.

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución 01-2015, de 28 de enero de 2015, conformó sus seis Salas Especializadas; la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito en sesión de 28 de enero de 2015, dio cumplimiento a lo dispuesto por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en la Resolución 02-2015, resultado de lo cual, el presente Tribunal queda integrado por el doctor Luis Enríquez Villacrés, como Juez Nacional Ponente; por el doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional; y, por doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional.

VALIDEZ PROCESAL

En el trámite del presente recurso de revisión, no se encuentran vicios de procedimiento que podrían generar nulidad procesal, por lo que este Tribunal, declara la validez de todo lo actuado.

PLANTEAMIENTOS DE LAS PARTES

La defensa técnica del revisionista, alegó lo siguiente:

Ha interpuesto recurso de revisión amparado en las causales 3 y 4 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, manifestando que el 22 de abril de 2012,

David Pico conjuntamente con Brigitte Landeta Guapi, con quien mantenía una unión de hecho desde el año 2009 cuando vivían en París-Francia, al regresar al Ecuador para radicarse conjuntamente con dos amigos; por un día de turismo, se trasladaron de Quito al cantón Baños con la finalidad de conocer la ruta de las cascadas, en dicha ciudad rentaron un vehículo tipo Jeep, cuyo propietario no le hizo conocer que el automotor se encontraba en malas condiciones mecánicas; sin embargo, David Picco condujo el vehículo por el sector de la ruta de las cascadas, en esas circunstancias al utilizar el freno en bajada, el vehículo pierde el control, motivo por el cual se vuelcan con las consecuencias del fallecimiento de la señorita Brigitte Landeta Guapi; sostiene que el recurrente permaneció por el espacio de dos horas en el lugar de los hechos junto a su pareja, para luego ser trasladado a una clínica para recibir atención médica, nunca abandono ni se retiró del lugar.

Ha probado documentadamente dentro del proceso, la unión de hecho que mantenía el sentenciado con la fallecida, esto, con base a testimonios que dan fe de este hecho.

A fojas 21 del primer cuerpo, existe una declaración de Brigitte Landeta Guapi en el Consulado de Ecuador en París donde hace conocer su decisión de erradicarse en el Ecuador, determinando la dirección donde iba a vivir, esto es en la avenida Amazonas y Río Topo, precisamente en el domicilio de la arquitecta Pérez, madre de David Picco hoy recurrente; es decir, existió suficiente documentación para que el señor Fiscal solicite en base a los artículos 195 de la Constitución de la República del Ecuador, 173 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, y 39.1 del Código de Procedimiento Penal, el principio de oportunidad, lo cual fue negado por la doctora Irene Molina, titular de la Unidad Judicial del cantón Baños.

El informe del reconocimiento técnico mecánico, realizado en el vehículo Chevrolet de placas ACX-609, por el perito José Luis Moreno, contiene hechos errados, al igual que el informe de reconocimiento de lugar, practicado por el mismo perito, quien al rendir el testimonio manifestó que no pudo establecer la

posición final donde quedo el vehículo, que lo único que sabe es que es una vía de tercer orden, conoce que el vehículo al ser modificado no presta las seguridades debidas a sus ocupantes, sin embargo, sin ningún análisis técnico, emitió una causa basal inexistente, razón por la cual solicitó una nueva inspección tendiente a verificar el estado mecánico del vehículo que participó en el accidente de tránsito, para lo cual, se designó como perito al ingeniero Víctor Manuel Cevallos, quien presentó un informe que consta en el cuerpo número cuatro, en donde determinó que: *“...el vehículo inspeccionado fue modificado, que el sistema retráctil de los cinturones de seguridad no funcionaban, cinturones no volvían a su habitáculo automáticamente, los cinturones de seguridad no se activaban al impulsarse hacia delante, permite el desplazamiento del cuerpo de hasta 60cm. hacia delante, el disco de freno delantero del copiloto presenta una ceja que es más pronunciada en este lado que en el del piloto, que las pastillas del freno delantero presentan igual desgaste lo que coincide con el estado del disco de freno, esto es evidencia de un desbalanceo al momento de frenar, componentes del motor sin problemas...”* (Sic.).

La única prueba que sirvió para que el señor Juez de primer nivel como el Tribunal de Apelación emitan su fallo, se basaron en el testimonio del perito Moreno, por lo cual, solicita se analice las pruebas que constan del expediente donde se puede determinar las múltiples contradicciones del perito, eso para desvirtuar el único elemento que sirvió como prueba para que se juzgue; recalca que existen pruebas del autor del parte policial, del médico legista, las cuales justifican materialidad de la infracción, pero no la responsabilidad del sentenciado.

Para sustentar su hipótesis presentó la siguiente prueba:

- ♦ Testimonio de la señora **María de Rosario Guapi**, quien luego de rendir el juramento de ley a las preguntas realizadas por el abogado defensor del recurrente manifestó: P. ¿Diga la declarante hace que tiempo le conoció usted al señor David Alejandro Picco Pérez, R. En el año 2003; P. Diga la declarante que parentesco tenía usted con Brigitte Medalaine Landeta Guapi. R. Yo soy su madre; P. Diga la declarante que relación tenía usted con el señor Vicente Ernesto Landeta Arboleda. R. Es el padre de mis hijos.

P. Diga la declarante si el señor Vicente Ernesto Landeta Arboleda vive con usted y sus hijas. R. No, porque se fue cuando mi hija tenía siete años para cazarse con otra mujer. P. Diga la declarante si el señor Vicente Ernesto Landeta Arboleda se preocupó de manera constante y permanente del cuidado de sus hijas entre ellas del cuidado de Brigitte Landeta. R. No, el venia una vez por año. P. Diga la declarante, como madre de Brigitte Landeta, está interesada o no en alguna indemnización o reparación económica por parte de David Picco. R. No. P. Diga la declarante porque usted ha viajado desde Francia a esta ciudad de Quito para dar su testimonio. R. Porque he escuchado mucha injusticia, yo lo que quiero es que mi hija desde en el cielo donde está y este en paz, porque ella amaba a David Picco. P. Diga la declarante si es verdad que su hija inició una relación sentimental con David Picco. R. Sí. P. Diga la declarante si le consta que su hija mantenía una unión de hecho con David Picco. R. Sí. P. Diga la declarante desde hace que fecha Vivian juntos en unión de hecho su hija y David Picco. R. Se conocieron en el año 2003 y comenzaron a frecuentar en el 2004 y después se fueron a vivir en el departamento que tengo yo, ubicado en la 121 Bivd Vean Jauras 92199 Boulogne Billancouit, en el año 2009. P. Cómo puede afirmar usted que su hija y David Picco vivían en unión de hecho desde el año 2009. R. Porque soy yo la que tengo el departamento y mi hija con él me dijeron que iban a estar juntos y yo apreciaba mucho a David y estaba de acuerdo. P. Diga la testigo si el señor Vicente Ernesto Landeta Arboleda conoció de la unión de hecho existente entre su hija y David Picco. R. Sí. P. Diga la testigo si sabe y conoce si en Francia se necesita legalizar la unión de hecho ante una autoridad pública. R. No. P. Diga la testigo si a usted le consta que su hija se trasladó desde Paris a la ciudad de Quito en septiembre del año 2011. R. Sí, ella vino aquí porque ella trabajaba allá en La UNESCO y después vino aquí porque David vino a Ecuador a instalarse y mi hija como le quería bastante vino con él y tuvo un trabajo en el Ministerio de Educación. P. Diga la testigo si usted sabía a dónde iba a vivir su hija junto a David Picco en Quito-

Ecuador. R. Sí, ella iba a vivir en la Avenida Napo con David, después iba a vivir y se compró aquí una suite en la avenida Wymper. P. Diga la testigo si usted conocía que su hija había adquirido un departamento en Quito para posteriormente trasladarse a vivir con David Picco. R. Sí, porque ella hizo un préstamo en el banco -en París- y le dio su papá la mitad. P. Diga la testigo si usted entiende y habla el idioma Francés. R. Sí, yo hablo Francés y leo el Francés; P. Diga la testigo si usted sabe la dirección que declaro Brigitte Landeta en el Consulado del Ecuador en París, en el que iba a vivir en Quito. R. en la Avenida Naciones Unidas. P. Diga la testigo si su hija Brigitte Landeta y David Picco mantuvieron una unidad de hecho estable y monogamia desde el año 2009 hasta la fecha después de su fallecimiento. R. Sí, mi hija vivió con David y yo viví de momentos excepcionales y ahora solo me quedan recuerdos nada más, porque David era para mí como mi hijo y hoy día vivo de los recuerdos. A las preguntas efectuadas por la Fiscalía mencionó: P. Usted es la madre de la señora Brigitte Landeta. R. Sí; P. Usted vio el accidente y estuvo presente en ese momento. R. No, yo estuve en París. P. Anteriormente se produjo un proceso dentro del que se ha dado las correspondientes sentencias, el señor abogado no le llamó para que viniera a testificar cuando estaban en ese proceso. R. No, porque yo estaba muy triste, y en Francia los doctores me decían que no podía salir porque estaba muy mal, hoy día tengo que ir arreglar ese problema por la tranquilidad de mi hija y por mí misma. P. El señor abogado le ha preguntado si usted no necesita de esa reparación integral que los Jueces han dictaminado, por qué no la quiere recibir. R. Lo más bonito que tenía se me fue, hoy día ya no me importa nada, porque yo no quiero nada; yo lo que quiero es que mi hija descanse en paz, nada más. Al interrogatorio de la acusación particular contesta: P. Señora Guapi usted donde nació. R. En Quito; P. Hace que tiempo usted migró hacia Francia. R. Yo no emigré a Francia, yo emigré a España y luego a Francia. P. En qué año usted se fue a España. R. en el año 69. P. Usted se ubica la dirección Naciones Unidas y Napo de esta ciudad de Quito. R. No, yo no he estado aquí, yo nunca he

dicho eso. P. Usted manifestó hace un momento que Brigitte le había indicado que va a vivir con el señor Picco en la Avenida Naciones Unidas y Napo, usted si conoce la Avenida Naciones Unidas de aquí de Quito. R. Sí, pero yo no he venido por muchos años. P. Conoce la Avenida Napo de aquí de Quito. R. No. P. Usted manifestó señora que el señor Landeta se despreocupó completamente de sus hijas, desde los siete años, sin embargo usted reconoce que el señor Landeta le dio la mitad del dinero para que compre ese departamento en la ciudad de Quito. R. Si le estoy diciendo al señor Juez. P. Usted le conoce al señor Víctor Hugo Guapi Tierra. R. Es mi hermano. P. Usted conoce que Brigitte Madelaine Landeta mandó un documento declarando acá en Ecuador que es soltera. R. sí. A las aclaraciones solicitadas por el señor Juez ponente, dice: P. Por qué usted habla de la tranquilidad, que en paz descanse su hija, por qué busca eso, qué quiere decir con eso usted. R. Porque yo tengo tres hijas y mi hija Brigitte era mi bastón para mí, era todo para mí, yo le deseaba todo lo mejor a ella y ella a mí, como madre yo viví muchos años con ella y viajamos juntas a la mitad del mundo, siempre juntas, porque su papá no acogió a sus hijas por irse de vacaciones hasta ahora, entonces su papá no conoce muchos detalles de la vida de su hija, porque no vivió con nosotras, porque él se despreocupó toda la vida.

- ♦ Testimonio del señor **Darío Vinachi Asquet**, quien luego del juramento de ley a las preguntas formuladas por el abogado del revisionista responde: P. Señor Darío Vinachi diga desde hace que tiempo usted conoce al señor David Picco Pérez. R. Lo conozco desde que éramos niños. P. Diga el testigo durante qué periodo usted vivió en Paris-Francia. R. desde septiembre de 1999 hasta julio del 2001. P. Diga el declarante si usted conoció en Paris-Francia a la señorita Brigitte Landeta Guapi. R. Sí la conocí. P. Indique el declarante si usted tenía una relación de amistad cercana en Paris-Francia con la señorita Brigitte Landeta y su familia. R. Sí, si tenía una relación de cercanía, éramos muy amigos. P. Indique el declarante si la señora María

del Rosario Guapi era la madre de Brigitte Landeta Guapi. R. Sí ella era la madre. P. Diga el testigo si durante su permanencia en Paris-Francia usted visitaba con frecuencia el departamento en el que vivía la señora María del Rosario Guapi con sus hijas. R. Sí las visitaba con frecuencia. P. Diga el testigo si este departamento estaba ubicado en la 121 avenida Boulogne Billancouit. R. Sí estaba ubicada ahí. P. Diga el declarante cuando el señor David Picco fue a vivir en París. R. Aproximadamente en el año 2003. P. Cómo le consta a usted, esto. R. Como les dije en la anterior pregunta éramos amigos, entonces yo me comuniqué con él porque él me expresó que iba a estudiar en París y yo le ayude a buscar un alojamiento y le recibí en el aeropuerto cuando él llegó a Francia. P. Diga el testigo si usted sabía que el señor David Picco y Brigitte Landeta mantenían una relación sentimental desde el año 2004. R. sí sabía. P. Diga el testigo si usted sabía que el señor David Picco Pérez y Brigitte Landeta tenían una unión de hecho. R. sí sabía. P. Diga el declarante donde vivía el señor David Picco y Brigitte Landeta allá en Paris. R. Vivían en el departamento de la mamá de Brigitte P. Diga el testigo desde cuando el señor David Picco Pérez y Brigitte Landeta vivían en unión de hecho. R. Aproximadamente desde el año 2009. P. Diga el testigo si es que usted supo que Brigitt Landeta Guapi se trasladó a vivir desde París a la ciudad de Quito en el año 2011. R. Sí tenía conocimiento. P. Sabe usted por qué razón Brigitt Landeta se trasladó a erradicarse a Quito-Ecuador. R. sí, como eran paraje con David, David decidió volver a vivir acá en Ecuador y entonces Brigitte quiso mantener la relación de pareja que tenían, entonces ella buscó que en el trabajo que estaba allá en Francia como trabajaba en la UNESCO y era por parte del Ministerio de Educación de acá del Ecuador, logró que le hagan una mutación a trabajar en el Ministerio de acá de Ecuador para seguir su relación de pareja con David. P. Diga el testigo si conoce donde vivieron juntos en Ecuador el señor David Picco y Brigitte Landeta Guapi. R. Vivían en una suite en la casa de la mamá de David en la Avenida Amazonas. P. Alguna vez, usted visitó al señor Picco y a Brigitt Landeta en el

departamento en que vivían juntos acá en Quito. R. Sí, les visité una vez en el departamento en la suite está de la Avenida Amazonas y luego les visité, porque luego de eso se trasladaron a vivir en un departamento que tenían en la avenida Wymper; entonces ahí le visité, una ocasión en la Amazonas y la otra en el otro departamento en la avenida Wymper. P. Diga el testigo si Brigitte Landeta Guapi y David Picco mantuvieron una unión de hecho estable y monogamia en el año 2009. R. Sí. P. Diga el testigo si Brigitt Landeta y David Picco a más de tener la unión de hecho, pensaban casarse. R. sí me habían comentado que tenían planes de casarse. Al interrogatorio de Fiscalía responde: P. Señor Vinachi diga por favor que grado de parentesco tiene usted con el señor David Picco. R. Ningún grado de parentesco. P. usted supo del accidente donde lamentablemente falleció la señora Brigitt Landeta. R. Sí. P. Usted estuvo en el País en esa ocasión que se suscitó este accidente. R. Sí, ya estaba viviendo acá en Ecuador. P. Por qué no compareció usted como testigo dentro del proceso anteriormente. R. porque nadie me había solicitado que venga como testigo. A las preguntas realizadas por la acusación particular menciona: P. Señor Darío Vinachi, podría usted indicarnos exactamente la dirección donde Brigitte vivía en París. R. Sí. Es un distrito cercano a París, es en Boulogne Billancouit. P. Qué tiempo vivió usted allá en Paris. R. Desde el año de 1999 hasta el año del 2011, julio. P. En qué dirección vivía usted. R. Yo vivía cerca a esa zona, tuve como tres direcciones; primero en la calle Musset que era en distrito 16 de Paris.

Como argumento final, el revisionista manifiesta que de las pruebas aportadas ha podido demostrar claramente que entre Brigitte Landeta y David Picco mantuvieron una unión de hecho desde el año 2009, a pesar que en el proceso también se llegó a verificar lo mismo, ante lo dicho solicita que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 173 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, en concordancia con el artículo 39.1 del Código de Procedimiento Penal se conceda el principio de oportunidad a favor del

sentenciado; sostiene también, que ha podido establecer que el informe de reconocimiento de lugar de los hechos es un informe errado, contradictorio, lo cual ha justificado con los informes referidos y presentados por el Capitán de Policía Danilo Hernán Freire Martínez y el informe del ingeniero Víctor Manuel Espinoza, quienes determinaron que el vehículo estaba completamente modificado, que su sistema de freno era defectuoso.

Finaliza solicitando que se acoja el recurso de revisión, fallando con amplio criterio judicial de equidad, revocando o reformando la sentencia recurrida mediante el trámite necesario y de acuerdo con los altos intereses de la justicia, que en el presente caso se ha solicitado se aplique el principio de oportunidad, pues existe los elementos suficientes garantizados por la Constitución y la ley.

El delegado del señor Fiscal General del Estado, contestó lo siguiente:

De la argumentación realizada por la defensa técnica del revisionista, se desprende que ha tratado de realizar prueba y eso no está permitido; tenía que concretarse única y exclusivamente a lo que determina su petitorio, esto es el artículo 360 numeral 3 y 6 del Código de Procedimiento Penal, lo demás ya fue evacuado en el proceso, llama la atención de que ahora se pretenda hacer eso, el recurso de revisión solo podrá declararse con pruebas nuevas que demuestren el error de hecho de la sentencia y lo que se ha indicado aquí ya fue evacuado dentro del proceso.

De autos se desprende que el sentenciado es responsable del delito por la manifestación de pruebas contundentes que se determinó que él es responsable del hecho circunstancial, la defensa ha manifestado que el vehículo ha estado en mal estado, por lo cual debió tomar providencias del caso y no manejar en un camino de tercer orden y el agravante que tiene es haber abandonado a la víctima, no es como se indica, de que ha estado junto a ella, abandonó a la víctima a su suerte, no le prestó la atención correspondiente que bien pudo haberse salvado la vida, que del testimonio dado por los señores en que antecedieron aquí, no

habido nada nuevo, pues ya anteriormente se conoció lo dicho, en lo único que Fiscalía concuerdo es que de acuerdo al artículo 78 de la Constitución de la República habría de haberse tomado en consideración la responsabilidad civil del dueño del vehículo y eso no se lo ha hecho, en cuanto tiene relación de los testimonios no han indicado absolutamente nada que pueda variar esta situación.

Por lo expuesto Fiscalía se opone al recurso de revisión planteado y solicita que se declare improcedente por no haber tenido ninguna prueba que haga cambiar esta situación.

Intervención del doctor José Serrano Vásquez, Procurador Judicial del acusador particular Vicente Ernesto Landeta Arboleda, quien expresa:

Con la fundamentación realizada por el revisionista se ha pretendido hacer un recurso de apelación que no viene al caso, tratándose de analizar la prueba que ya fue producida, analizada en su momento oportuno; se ha tratado de contradecir los dos informes presentados por los peritos, los cuales ya fueron analizados en su momento, inclusive trata de argumentar con cosas que no están dentro del proceso, como por ejemplo que habla que el señor Picco ha permanecido dos horas con la víctima, lo cual con la propia declaración del señor Picco que manifestó que había estado 40 minutos y por testigos una hora, por lo cual se debe aclarar que jamás se ha presentado ninguna sola prueba; manifiesta que las llantas que no eran para el terreno, de acuerdo pero lo que no se manifestó y no se analizó en el momento oportuno es que el carro fue alquilado para una ruta de cascadas, que el señor imprudentemente se fue a matarse en un terreno 4x4, el cual no era acondicionado.

En cuanto a los testigos son muy contradictorios y no presentan ninguna aportación, inclusive al señor David Vinachi manifestó en algunas intervenciones que vivían juntos en el 2004 y después dice que desde el 2009, manifiesta que ellos vivían en la Boulogne Billancouit y que no recuerda más y sin embargo dice que él vivía desde el 2003 en París, lo cual es raro que viviendo tanto tiempo en Paris no pueda terminar donde realmente vivían la pareja, pero sin embargo cuando le

pregunté cuál era su dirección nos dio una respuesta extensa e inclusive el número de distrito sin embargo debió haber presentado prueba nueva de la unión de hecho, como una sentencia que manifieste que existió tal unión o una acta notarial, pero dentro del proceso a fojas 31 del primer cuerpo existe una declaración juramentada ante notario de la señorita Brigitte Landeta donde envía un poder general a su tío materno donde declara que es soltera con fecha 12 de enero del 2011, indica que se trata de sorprender aquí trayendo a dos testigos, cuando en la audiencia de oportunidad que se ha dado y dentro de las declaraciones durante ese proceso fueron cuatro o seis personas que fueron a declarar y en la audiencia de oportunidad estuvieron familiares de la señorita Brigitte como consta en el acta de fojas 37 del primer cuerpo en donde dice: “...por el principio de contradicción el señor Juez manifiesta que hay muchas personas, familiares de la señorita Brigitte que ni si quiera le conocen al señor David Picco..” cómo es posible que ahora traten de manifestar que son familiares, por lo tanto no se le otorgó el principio de oportunidad y ahora lo único que se ha presentado aquí son dos testigos los cuales no han aportada nada nuevo dentro del proceso y al existir un documento notarial que declaro la señorita Brigitte que es soltera considero que no se debe acoger este recurso de revisión y sea rechazado en su totalidad.

ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

El recurso de revisión

El autor Andrés Martínez Arrieta, señala que: “El recurso de revisión es un recurso extraordinario, atribuido al Tribunal Supremo, que sólo procede contra sentencias firmes y únicamente en los supuestos expresamente señalados en la Ley.”¹. La resolución que se ha ejecutoriado, ha de presumirse como justa y verdadera, sin embargo, en ciertos casos y bajo ciertas circunstancias, el juzgador al emitir una resolución puede generar errores dentro de la emisión de la misma. Para tal efecto, el legislador ha normado un mecanismo (revisión), que reivindica aquel derecho del sentenciado, para reclamar la debida aplicación de la norma, con base a circunstancias y hechos que no han sido

¹ MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: “EL RECURSO DE CASACIÓN Y REVISIÓN PENAL”; Tirant lo Blanch; Valencia 2013, p. 393.

tomados en cuenta por el juzgador al momento de emitir su resolución, o de habérselos tomado en cuenta, se lo hizo de manera errónea que llevaron a establecer la materialidad de la infracción cometida, generando así una sentencia injusta.

La revisión plantea una reconsideración de los elementos fácticos de la sentencia ejecutoriada; es decir, que se ve limitado a resolver cuando la verdad histórica es diversa de la verdad procesal declarada en sentencia en firme. Lo indicado guarda relación con el criterio del autor Fabio Calderón, quien considera que: *“la revisión es la existencia probada de típicos errores de hecho in iudicando, y su finalidad es enmendarlos cuando afectan sustancialmente la autoridad de la cosa juzgada, partiendo desde el principio de que esta fuerza se sustenta sobre bases verdaderas, y, en casos de error, o sea, cuando se apoya en bases materiales evidentemente falsas, debe hacerse a un lado la santidad de la cosa juzgada, a fin de que éste elevado principio solo sea vinculante y obligatorio cuando sea la expresión de la justicia real y verdadera...”*²; por lo tanto, ha de considerarse que este tipo de recurso es extraordinario con la particularidad que se interpone contra sentencia ejecutoriada.

Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador, para el período de transición, se pronunció indicando lo siguiente: *“(...) el Recurso de Revisión constituye un nuevo juicio, con nuevas pruebas en contra del Estado, salvo el caso del numeral 6 del artículo 360 antes citado, este Recurso que se lo tramita frente a la contradicción del Ministerio Público, en donde las partes procesales son: por un lado el condenado, y por el otro, el Fiscal General como representante del Ministerio Público...”*³. Por tal razón, al constituir un nuevo juicio, y siendo de carácter extraordinario, su procedencia se limita únicamente a atacar la institución de cosa juzgada, en apego a las normas constitucionales y respeto al debido proceso.

El recurso extraordinario de revisión se rige por los principios de: i) Taxatividad, lo que genera que la argumentación o reproche que realiza el recurrente debe ser adecuada a una de las seis causales expresamente señaladas en la normativa procesal penal (Art. 360 CPP), no siendo procedente cuestionar aspectos del proceso como la competencia, debido proceso, errónea tipificación o grado de

² CALDERON, Favio, “Casación y Revisión en materia Penal”, p. 280

³ Sentencia 014-09-SEP-CC, dictada en el caso 0006-08-EP, publicado en el Registro Oficial 648, de fecha 4 de agosto de 2009.

participación, culpabilidad o falta de motivación, ya que eso implicaría forzar su aplicación; **ii)** Trascendencia, es decir, que los fundamentos planteados deben ser sólidos y coherentes, a fin de poder desestabilizar la resolución de cosa juzgada y emitir un fallo en que se rectifique la realidad de los hechos; y, **iii)** Autonomía, por el cual, si se alegan como existentes varias causales del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, se haga una fundamentación o explicación razonada de cada una de ellas.

Por lo tanto, la fundamentación de cada causal de revisión exige: **a)** La descripción del hecho fáctico que configure la procedencia de algunos de los casos revisionales; **b)** A excepción de la causal sexta, la pertinencia de la nueva prueba para comprobar el hecho fáctico en el cual se basa la interposición del recurso; y, **c)** Una argumentación que demuestre las razones concretas por las cuales se considera que el hecho fáctico que sirve de base a la revisión, se adapta a la causal invocada.

Fundamentación del recurso y vulneraciones legales invocadas por el recurrente:

El revisionista David Alejandro Picco Pérez, ha fundamentado su recurso por las causales contenidas en los numerales 3 y 4 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, aduciendo principalmente que por haber mantenido una unión de hecho con la víctima solicita que se aplique el principio de oportunidad; y, que el informe pericial técnico mecánico elaborado por el perito José Luis Moreno e informe del reconocimiento del lugar de los hechos, son errados, ya que, tal circunstancia fue establecida con los informes emitidos por el Capitán de Policía Danilo Hernán Freire Molina y del Ingeniero Víctor Manuel Espinoza, quienes habrían determinado que el sistema de freno del vehículo era defectuoso.

De lo señalado, en lo que se refiere a que se aplique el principio de oportunidad, aquello es impertinente mediante esta vía, dado que este principio es de exclusiva

responsabilidad de la Fiscalía conforme lo determina el artículo 195 de la Constitución de la República del Ecuador⁴, en concordancia con el artículo 173 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, lo que derriba en que este cargo solicitado sea rechazado *ipso facto*.

Ahora bien, en lo que respecta a la fundamentación concreta para sustentar su recurso, el hoy impugnante ha desarrollado una tesis constreñida a justificar su unión de hecho con la fallecida en el accidente de tránsito, tanto más que, la prueba testimonial aportada se direcciona a verificar tal circunstancia, y por otro lado ha señalado el yerro de informes periciales (mecánico y del lugar de los hechos); al respecto, es pertinente enfatizar que la revisión propiamente dicha congrega como núcleo, la demostración de nuevos hechos desconocidos por el juzgador, circunscritos a las causales invocadas que requieren del sustento revisional del impugnante justificado con nueva prueba.

Frente a tal exposición, cuando se trata de justificar las casuales que el impugnante ha invocado (tercera y cuarta del Art. 360 CPP), el cuestionamiento argumentativo debe delimitarse a la confrontación de la decisión plasmada por el juzgador que ha emitido sentencia condenatoria, delimitando donde se comprueba cada presupuesto de revisión dentro de la parte específica del fallo recurrido con el aporte probatorio nuevo y que debe ser desconocido para el administrador de justicia, lo cual, el recurrente no ha logrado concretar, ya que, como ya se mencionó en párrafos anteriores, su sustento revisional se ha direccionado a establecer la verificación de una unión de hecho y el señalamiento de yerros de informes periciales, sin la debida demostración de este hecho.

Con ello, el sentenciado no ha enervado la sentencia condenatoria dictada en su contra, por cuanto, de la lectura a ésta, dentro del considerando CUARTO, se

⁴ Art.195.- La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso **ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad** y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal (...)

establece la verificación del nexo causal entre la materialidad de la infracción y la responsabilidad del justiciable, con lo cual, quedó demostrada la conducta típica, antijurídica y culpable, acusada al hoy revisionista con los medios probatorios valorados por el Tribunal que aceptó el recurso de apelación propuesto por la acusación particular, y como consecuencia de aquello, instauró una sentencia condenatoria en su contra, quien con la fundamentación expuesta en la respectiva audiencia de revisión, no ha logrado desacreditar la decisión tomada y que goza de cosa juzgada.

Por lo expuesto, como consecuencia de aquello, se concluye que la sustentación esgrimida, ha sido limitada, y no es idónea para justificar cada una de las causales invocadas, así como tampoco el recurrente ha señalado a que causal corresponde la prueba nueva presentada; pues ésta, debe relacionarse estrechamente con la causal pertinente y bajo el fundamento lógico-jurídico; frente a lo expresado, el recurrente no ha justificado que la sentencia impugnada, se haya dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados, ni que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condenó, conforme las causales 3 y 4, contenidas en el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal; por lo que, en atención al principio dispositivo determinado en el artículo 168.6 de la Constitución de la República del Ecuador y artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, pues para el juzgador, lo que existe es lo que consta del proceso, ya que constituye el fundamento con base al cual se resolverá la controversia sometida a su conocimiento, así que cada afirmación del recurrente debió estar dirigida a justificar las causales que ha invocado; en tal virtud, se establece que el condenado no ha enervado la certeza de la cosa juzgada que contiene la sentencia condenatoria dictada en su contra.

DECISIÓN

Por lo expuesto *ut supra*, este Tribunal de Revisión, de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, de la Corte Nacional de Justicia,

ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 367 del Código de Procedimiento Penal, por unanimidad, declara improcedente el recurso de revisión interpuesto por David Alejandro Picco Pérez.- Ejecutoriada la sentencia devuélvase el proceso al tribunal de origen.- Notifíquese y Cúmplase.- f Dr. Luis Enríquez Villacrés), **JUEZ NACIONAL PONENTE** f) Dr. Miguel Jurado Fabara, **JUEZ NACIONAL**; f) Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, **JUEZ NACIONAL**.- Certifico: f) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

CERTIFICO: Las nueve (9) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito, 12 de enero del 2017


Dra. Ximena Quijano Salazar
SECRETARIA RELATORA



CONSTITUCIONAL
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR

JUICIO No. 1538-2014
RESOLUCION No. 1625-2016
RECURSO: CASACION
PROCESADO: Héctor Genaro Becerra Sánchez
DELITO: TRANSITO

Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Quito, 12 de septiembre de 2016, las 08h00.-

VISTOS:

PRIMERO.- Jurisdicción y competencia

El Pleno del Consejo de la Judicatura, de acuerdo con los artículos 182 de la Constitución de la República del Ecuador —CRE— y 173 del Código Orgánico de la Función Judicial —COFJ—, emitió la Resolución No. 08-2015, de 22 de enero de 2015, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 441, de 20 de febrero del mismo año, por medio de la cual aprobó la actual integración de la Corte Nacional de Justicia.

Mediante la Resolución No. 01-2015, de 28 de enero de 2015, publicada en el Registro Oficial No. 445, de 25 de febrero del presente año, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia integró sus seis Salas Especializadas, de conformidad con los mandatos establecidos en los artículos 182 de la CRE y 183 del COFJ. De igual forma, en el precitado Registro Oficial, se publicó la Resolución No. 02-2015, emitida el mismo día, en virtud de la cual el Pleno determinó las reglas de distribución de juicios a aplicarse por efecto de la renovación parcial de sus juezas y jueces.

En Resolución No. 060-2015, de 1 de abril de 2015, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 476, de 9 de abril del mismo año, el Consejo de la Judicatura asignó conjuezas y conjueces en las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, de acuerdo a lo previsto en los artículos 200 y 201, numerales 1 y 2, del COFJ.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en virtud de lo previsto en los artículos 184.1 de la CRE y 186.1 del COFJ, es competente, entre otras atribuciones, para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal.

Con fundamento en estas normas y en virtud del sorteo de ley, correspondió el conocimiento de esta causa, signada en la Corte Nacional de Justicia con el número 17721-201-1538, al Tribunal integrado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional; el doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional; y, el doctor Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional Ponente, en reemplazo del doctor Vicente Robalino Villafuerte, de conformidad con los artículos 174 y 201.1 del COFJ, 6 de la Resolución No. 02-2012 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 672, de 29 de marzo de 2012; y, oficio No. 463-SG-CNJ, de 8 de abril de 2016; quienes avocaron conocimiento de la presente causa en providencia de 26 de abril de 2016, las 10h20.

No se ha impugnado la competencia del Tribunal, ni la de quienes lo integramos.

Atento el estado de la causa, se considera:

SEGUNDO.- Validez procesal

Conforme la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal—COIP—, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014, por la fecha que inició el proceso, corresponde aplicar el régimen legal vigente a tal tiempo, esto es la Ley reformativa al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal—CPP y CP—, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 555 de 24 de marzo de 2009; en consecuencia, se fundamentó el recurso de casación en audiencia oral, pública y de contradictorio.

El recurso de casación fue tramitado en aplicación de las garantías básicas que conforman el derecho al debido proceso, reconocidas en el artículo 76 de la CRE, y conforme las normas procesales previstas en los artículos 352 del CPP. No se evidencia omisión de solemnidades sustanciales o formalidades en la sustanciación del recurso de casación que vicien el procedimiento y que puedan incidir en el resultado final de esta causa.

El proceso es válido y así se lo declara.

TERCERO.- Antecedentes

El 23 de diciembre de 2011, a las 22h40 aproximadamente, se produjo un accidente de tránsito en la Avenida Nueva Loja y Guayaquil, ciudad de Loja, entre, un vehículo marca Kia, color negro-amarillo, placas ABC-3936, taxi ejecutivo, conducido por Héctor Genaro Becerra Sánchez; y, un vehículo Chevrolet, sin placas, conducido por Marlon Andrés Armijos Carrión, de lo cual resultan daños materiales y lesiones en las personas que se transportaban en el vehículo Chevrolet.

Luego de la investigación pertinente de estos hechos, de la sustanciación del correspondiente proceso penal y de la prueba aportada en la audiencia de juzgamiento, el 30 de junio de 2014, las 10h37, la Unidad Judicial Especializada Primera de Tránsito del cantón Loja, provincia de Loja, declaró a Héctor Genaro Becerra Sánchez autor del delito de tránsito tipificado y sancionado en el último inciso del artículo 132 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial —LOTTTSV—, por lo que le impuso multa de cuatro remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general, reducción de nueve puntos en su licencia de conducir y el pago de daños y perjuicios a favor del acusador particular.

Frente a esta decisión judicial, el procesado Héctor Genaro Becerra Sánchez interpuso recursos de nulidad y apelación; el 12 de agosto de 2014, las 11h26, la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, desestimó los recursos de nulidad y apelación y confirmó en todas sus partes la sentencia subida en grado.

Inconforme con esta decisión, el procesado Héctor Genaro Becerra Sánchez, interpuso recurso de casación, que luego de la sustanciación que corresponde en ley, es materia del presente análisis.

CUARTO.- Argumentos y fundamentación del recurso de casación

4.1. Argumentos del recurrente, a través de su defensa técnica

En la audiencia el recurrente, por medio de su abogado defensor, expresó los siguientes argumentos:

4.1.1. El agente del SIAT, señor Bustamante, quien no fue designado como perito, concurrió al lugar de los hechos llevado por los propietarios del vehículo Chevrolet, emitió un informe en el que cambió el parte policial, que mencionaba que su defendido transitaba por la vía principal y el conductor del Chevrolet por la vía secundaria, quien debía respetar el disco “PARE”.

4.1.2. El informe que realizó el señor Bustamante es inconstitucional, sin embargo el Juez permitió que dicha prueba sea introducida en la audiencia de juicio, en consecuencia se transgredió el artículo 76.4 de la CRE.

4.1.3. Por haberse impugnado la actuación del señor Bustamante, se designó a otro perito de apellido Sánchez, quien copió textualmente el informe realizado por el señor Bustamante; además la única prueba de cargo fueron los testimonios de los señores Bustamante y Sánchez ya que no concurrieron los ocupantes del auto Chevrolet, concurriendo a la sexta ocasión que se instaló la audiencia, ya que se declararon fallidas las otras cinco porque no concurrió el acusador particular, en razón de aquello, al no haber declarado abandonada la acusación particular, se violentó el artículo 280 del CPP.

4.1.4. Asimismo se vulneró el artículo 76.7 de la CRE porque no se receptó el testimonio de Julia Aguilar.

4.1.5. El ejercicio de la acción penal corresponde a Fiscalía, y al permitir que personas ajenas, como el señor Bustamante, practiquen experticias, se violaron los artículos 5.1, 11, 25, 33, 65, 80, 91, 92, 93, 94 y 216 del CPP.

4.2. Argumentos de la Fiscalía General del Estado, a través de su representante

La Fiscalía General del Estado, por medio de su delegado, doctor Raúl Garcés Llerena, en contestación a la fundamentación del recurso de casación, manifestó lo siguiente:

4.2.1. El casacionista tuvo que referirse a qué norma y por cuáles de las causales contenidas en el artículo 349 del CPP fundamenta su recurso.

4.2.2. El artículo antes mencionado prohíbe la nueva valoración probatoria por parte del Tribunal de Casación.

4.2.3. Sobre el artículo 76.4.7 de la CRE, del proceso no se desprende prueba alguna que haya sido actuada con violación a la ley.

4.2.4. En relación a la violación de los artículos 5.1, 11, 25, 33, 65, 80, 91, 92, 93, 94 y 216 del CPP, no se indicó de qué forma se vulneraron dichas normas.

4.3. Réplica por parte del procesado José Roberto Carvajal

“Que con relación a la prueba del testimonio de los dos peritos, el artículo 76.4 de la Constitución de la República, señala que es inconstitucional la prueba que violente la Norma Suprema o la ley; que en el presente caso reitera que a quien corresponde dirigir la investigación penal es al Fiscal y que es éste el que ordena la práctica o no de diligencias, que cualquier persona no puede intervenir y autodenominarse perito, presentar informes y después a este perito llevarle como testigo de cargo a la audiencia de juicio, constituyéndose esta prueba en inconstitucional, y que a eso se ha referido” [Sic.]

QUINTO.- Análisis del Tribunal de Casación.

5.1. Naturaleza y fines del recurso de casación

5.1.1. El Estado ecuatoriano coloca a la persona en un lugar nuclear de la vida social, como titular de derechos y garantías. Al reconocer esa titularidad, especialmente sobre los derechos a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica, fortalece la configuración del sistema procesal como un medio para la realización de la justicia; y, al mismo tiempo, el acceso a ella a partir de principios constitucionales que garantizan la igualdad, la no discriminación, el estado de inocencia y el juicio previo.

En ese contexto, se instituye el debido proceso y, como uno de sus componentes, el derecho a recurrir de las decisiones judiciales. Precisamente, esa facultad, incluye la posibilidad de activar distintos mecanismos de impugnación, de carácter ordinario y extraordinario, a través de los cuales se busca evitar o enmendar el

error judicial y resguardar la cohesión del ordenamiento jurídico.

Uno de los dispositivos de impugnación extraordinaria es la casación. Se trata de una alternativa jurídica que procede cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya sea por contravenir expresamente su texto, por indebida aplicación de su contenido o por interpretación errónea.

5.1.2. Su carácter de recurso extraordinario, entonces, se debe a que únicamente prospera ante la configuración de estrictos presupuestos establecidos por la ley, que pueden consistir en: por una parte, la infracción de la ley material o error *in iudicando* (juicio), en cuyo caso la casación cumple una función nomofiláctica y unificadora en la interpretación del ordenamiento jurídico; o, por otra parte, la transgresión de las normas y garantías procesales que generen una situación de indefensión, en cuyo escenario la casación actúa como un medio de control de la legalidad.

De ahí que se está frente a un recurso “[...] encaminado a enmendar las deficiencias que afectan al juicio de derecho contenido en la sentencia o resolución legalmente equiparable a ella, o a específicos requisitos procesales que condicionan la validez de esos actos decisorios”.¹ En consecuencia, la casación no ha sido diseñada para remediar o corregir cualquier situación de iniquidad o defecto procesal, sino con la finalidad de “procurar el imperio de la ley, la unificación de la jurisprudencia y la rectificación del agravio”.²

De esa forma, no cabe duda de que la casación es un recurso limitado, que solo permite el control *in iure*, esto es el estudio, análisis y resolución de cuestiones de estricto derecho, pues no procede frente a requerimientos de un nuevo análisis de los hechos, ni sobre pedidos de nueva valoración de la prueba; como sostiene Roxin, “la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y

¹ Lino Enrique Palacio, *Los recursos en el proceso penal* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001), 80.

² Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo X (Guayaquil: Editorial Edino, 2007), 73.

solo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al derecho material o formal”.³

5.1.3. Estos atributos confieren a la casación, según refiere el ex magistrado colombiano Humberto Fernández Vega, el carácter de un:

“(...) juicio técnico de impugnación, valorativo y exacto, de formalidades rigurosas, que requiere una expresa formulación y fundamentación. Está destinado a examinar sentencias de segunda instancia para corregir vicios relativos al juzgamiento o al procedimiento.

Tales características distinguen a la demanda de casación de una simple alegación de instancia, determinan exigencias de orden legal y jurisprudencial de imperioso cumplimiento para la prosperidad de la impugnación. Este aspecto técnico le corresponde satisfacerlo el recurrente en el planteamiento y fundamentación del recurso, y a la Corte de Casación en su decisión reglada por los principios de taxatividad, limitación y prioridad.”⁴

En la actualidad y en el escenario del Estado de derecho contemporáneo, marcado profundamente por el constitucionalismo, la casación cumple un propósito vinculado, de manera directa, con el respeto de los derechos y garantías fundamentales.

En esa medida, su espectro de acción adquiere una mayor amplitud en los sistemas de administración de justicia penal, que, como en el caso del Ecuador, cumple sus fines a través del sistema acusatorio, ya que, en efecto, lo que legitima la interposición de un recurso de casación es la emisión de una sentencia penal de segunda instancia en la que se ha transgredido el principio de legalidad y, por tanto, se han vulnerado esos derechos o garantías.

5.1.4. En esa línea de pensamiento, corresponde a este Tribunal de Casación analizar la sentencia recurrida, a efecto de determinar si se encuentra o no inmersa

³ Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*. Citado por Zavala, op. cit.

⁴ Humberto Fernández Vega, *El recurso extraordinario de casación penal* (Bogotá: Editorial Leyer, 2002), 34.

en alguno de los presupuestos establecidos en el artículo 349 del CPP, es decir, arribar a una conclusión sobre si, en la especie, se ha incurrido en una violación de la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o, bien, por errónea interpretación, lo que implica garantizar la legalidad y la seguridad jurídica.

Así entonces, este Tribunal, en ejercicio de sus competencias, se limitará a verificar si la sentencia materia de este recurso extraordinario contiene errores de juicio o de actividad, pero no valorará la prueba, ni revisará los hechos o actuaciones judiciales que constituyan parte de las instancias previas, en razón de no encontrarse facultado para ello.

5.3. Sobre la materia del recurso de casación interpuesto por el procesado

Del análisis de los argumentos realizados por el recurrente en la audiencia de fundamentación del recurso de casación, este Tribunal puntualiza la impugnación bajo los siguientes cargos:

- a) Se reprocha el informe realizado por el señor Bustamante, por cuanto no fue designado como perito y su informe difiere de lo establecido en el parte policial, por lo que, al haber sido introducido en audiencia de juicio, el Tribunal de Apelación transgredió los artículos 76.4 de la CRE y 5.1, 11, 25, 33, 65, 80, 91, 92, 93, 94 y 216 del CPP; y, a su criterio se vulneró el artículo 76.7 de la CRE porque no se receptó el testimonio de Julia Aguilar.
- b) La sentencia recurrida violentó el artículo 280 del CPP, ya que, a pesar de que la acusación particular no concurrió a la audiencia de juicio, se la declaró fallida por cinco veces y cuando ellos si asistieron a la diligencia, ésta se llevó acabo.

5.3.1. Consideraciones previas sobre los cargos de casación.

El recurso de casación, a partir de las reformas al Código de Procedimiento Penal, publicadas en el Suplemento del Registro Oficial No. 555, de 24 de marzo de 2009,

es medio de impugnación de las sentencias de apelación⁵, y exige a quien reprocha la decisión de la Corte de Apelaciones, indique al Tribunal de Casación los cargos que imputa a dicha resolución y en qué forma estos cuestionamientos configuran las causales taxativas del artículo 349 del CPP, y, en consecuencia el perjuicio que se le ha irrogado a un derecho.

Siguiendo este razonamiento, las causales de casación del artículo 349 del CPP, están previstas para revisar las violaciones directas⁶ de la ley, por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. Las violaciones indirectas a la ley no son objeto del recurso de casación pues implican la revisión del relato fáctico fijado por la Corte de Apelaciones, y, consecuentemente, valoración probatoria, actividad prohibida para la casación en virtud del último inciso del artículo 349 del CPP.

La contravención expresa se presenta cuando el juzgador no aplica una disposición jurídica para resolver la cuestión puesta en su conocimiento, pese a que, después de la valoración probatoria, los hechos considerados probados guardan identidad con los presupuestos de hecho previstos en la norma cuya aplicación se ha omitido. La indebida aplicación de la ley es un error en la selección de la norma, que ocurre cuando el juzgador aplica una norma diversa a la que corresponde al caso puesto a su conocimiento y resolución. La interpretación errónea se produce cuando, aun eligiendo la norma correcta, se le atribuye un sentido jurídico que no tiene, es decir, se va más allá del contenido de la norma y su alcance, produciendo un efecto que el legislador no previó, lo que puede provenir de un error de intelección por inadecuada preparación de la persona encargada de aplicarla.

En este sentido, es obligación de quien pretende impugnar una sentencia mediante recurso de casación, dirigir su reproche a la sentencia de segunda instancia, como

⁵ Antes de tal reforma, el recurso de casación procedía contra sentencias del Tribunal de Juicio.

⁶ La violación a la ley puede ser directa o indirecta. La violación directa de la ley es un yerro del juzgador en cuanto a la aplicación de la norma legal, independientemente de las consideraciones fácticas o de valoración probatoria. El yerro del juzgador en cuanto a la aplicación de la norma legal, como consecuencia de sus conclusiones fácticas, constituye violación indirecta de la ley. CUEVA CARRIÓN, Luis. "La casación en materia penal", Ediciones Cueva Carrión, 2da. Edición, Ecuador, 2007, Pág. 252

aquella que causa efecto y mediante la cual se garantiza el ejercicio del derecho a la doble instancia; además, el reproche no puede sustentarse en la revisión de prueba, tanto en cuestiones de legalidad como en su contenido, pues está vedado por ley para el Tribunal de Casación, ya que tales reproches corresponden a la etapa de juicio o apelación en el ejercicio del contradictorio, limitación propia de la casación ya que su objeto exclusivo de análisis son los errores de derecho en la sentencia.

Un cargo de casación, para poder ser atendido por este Tribunal, debe ser fundamentado en la audiencia respectiva, de manera autónoma, taxativa y suficiente: cada cargo debe increpar a la sentencia de una violación a una norma legal específica, por una sola de las causales de casación, pues estas son excluyentes entre sí; e, indicar en qué parte de la sentencia se encuentra tal violación, cómo se trasgredió expresando la contraposición del razonamiento judicial considerado errado con el criterio que el casacionista considera acertado, y la influencia de tal error de derecho en la decisión de la causa.

Sin un argumento suficiente que demuestre claramente los sustentos de la pretensión impugnatoria, se priva al Tribunal de Casación de elementos necesarios para llegar a emitir su decisión respecto al recurso de casación, e incluso, de la aplicación del artículo 140 del COFJ, en caso de que la persona recurrente equivoque en la invocación de la causal de casación.

Con base en estos criterios, el Tribunal procede al análisis de los reproches expresados por los procesados recurrentes.

5.3.2. Reprocha el informe realizado por el señor Bustamante, en cuanto no fue designado como perito y su informe difiere de lo establecido en el parte policial, por lo que, al haber sido introducido en audiencia de juicio, el Tribunal de Apelación transgredió los artículos 76.4 de la CRE y 5.1, 11, 25, 33, 65, 80, 91, 92, 93, 94 y 216 del CPP; y, a su criterio se vulneró el artículo 76.7 de la CRE porque no se receptó el testimonio de Julia Aguilar.

De los argumentos expuestos, en este punto, por la defensa técnica del procesado, se evidencia que lo que en realidad se pretende o se sugiere en este recurso es que este Juzgador valore nuevamente la prueba, a fin de que la pretensión del acusado, en el presente contexto procesal, se adapte a su teoría del caso.

Al respecto, se advierte que la casación en materia penal no es un escenario en el cual se pueda volver a valorar la prueba. De hecho, el CPP, en su artículo 349, inciso final, señala en forma expresa que: “No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba”; y, sobre el tema, existe amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional y Corte Nacional de Justicia.

Esta última, en recientes fallos, ha ratificado el criterio de que las pruebas no pueden ser objeto de valoración en la casación, pues, en caso contrario, se estaría desconociendo el principio de independencia judicial.⁷ De igual forma, sobre esta prohibición la doctrina ofrece el siguiente punto de vista:

(...), la pregunta obligada es, ¿por qué consagrar el recurso de casación como medio de impugnación en el sistema acusatorio y no otro recurso, como pudiera ser el de apelación? La respuesta que se ha dado por un sector de la doctrina es que, por lo general, se ha considerado que es el que mejor se adapta a las características del citado sistema acusatorio.

Uno de los argumentos torales para sustentar la anterior afirmación se basó en que como el juicio es público, el método utilizado para transmitir los pensamientos es la oralidad, y los jueces tienen la obligación de presidir la audiencia personalmente sin que deleguen su autoridad, en la que estarán las partes intervinientes en el proceso; entonces, si otros jueces, aunque sean superiores, pero que no estuvieron presentes en el desarrollo de la audiencia de debate, analizan lo resuelto por los inferiores, en realidad se trataría de un nuevo juicio (...).⁸

⁷ Corte Nacional de Justicia. *Resolución No. 050-2013*, pronunciada dentro del juicio No. 430-2012.

⁸ Miguel Ángel Rodríguez Vázquez, *La casación y el derecho de recurrir en el sistema acusatorio* (México D.F.: Instituto de Investigación Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México -UNAM-, 2013), 29 y 30.

En consecuencia, los cargos relacionados al informe realizado por el policía José Luis Bustamante Sánchez y la negativa de receptar el testimonio de Julia Aguilar, no prosperan, pues, al buscar que este juzgador realice un pronunciamiento extralimitándose en el ejercicio de sus competencias, carecen de sustento jurídico.

En igual manera, del análisis de la sentencia recurrida, se deduce que este tema ya fue resuelto por el Tribunal de Apelación y consta el siguiente razonamiento:

2.- Porque al no haberse declarado el abandono de la acusación particular, y no receptarse el testimonio de Julia Aguilar (que no fue pedido) ninguna de estas omisiones influyen en la decisión de la causa; y, 3.-La Sala observa que el recurrente ha ejercido ampliamente su derecho a la defensa, tanto en el transcurso de la investigación como en el juicio oral; [...]d).- El policía José Luis Bustamante Sánchez, perito del Servicio de Investigación de Accidentes de Tránsito, técnico que con la gravedad del juramento acredita el informe escrito de su autoría, explicando que el mismo lo realizó por delegación de la Fiscalía General del Estado [...] Los partes informativos, informes periciales, versiones de testigos y cualquier declaración anterior se pueden usar en el juicio con el único objetivo de refrescar la memoria; no son admitidos como prueba. En el presente caso, los peritos, en la audiencia de juzgamiento, explicaron sus experticias en forma oral, pública, emitieron sus conclusiones, respondieron el examen directo y contraexamen, sin incurrir en contradicciones, antes por el contrario fueron reiterativos en sus aseveraciones.

[SIC.]

De allí que, con relación al reproche realizado por el recurrente, en el caso sub júdice, de la reflexión que antecede se puede deducir que el Tribunal *ad quem*, ya realizó un correcto análisis de lo alegado, por lo tanto la Sala deja constancia de que en la tramitación de la presente causa penal se ha garantizado los derechos al debido proceso y a la defensa; tal que, contrario a lo que sostuvo el casacionista, ha ejercido, durante todo el proceso penal sus derechos, no se le ha impedido la práctica de ninguna prueba, ya que el testimonio de Julia Aguilar no fue solicitado por el procesado y el informe lo hizo un policía facultado para realizarlo, ya que si se encontraba posesionado como perito.

Por último, cabe destacar que el procesado no cumplió con su obligación de fundamentar el recurso de casación en debida forma, ante lo cual este Tribunal considera imprescindible señalar que, con relación a los aspectos técnicos que supone la interposición de un recurso de casación, la actividad que desempeña el recurrente es esencial, pues, no basta con que el medio de impugnación se active dentro del plazo previsto por la ley y con la simple invocación del interesado, sobre la base de supuestas violaciones a la ley contenidas en una sentencia de segunda instancia. Más aún, la fundamentación es un acto trascendental porque:

(...) constituye el único medio y oportunidad de sustentación del recurso extraordinario. Mediante ella se adelanta el debate en derecho (*in iure*), sobre la discutida legalidad del fallo, sin que otorgue la ley nueva oportunidad para adicionarla o corregirla.

Mediante la demanda el recurrente, al formular los cargos, delimita el espacio de la Corte de Casación trazándole la materia de pronunciamiento; ésta sólo puede, en principio, considerar los cargos que se formule al amparo de cada causal y no podrá analizar causales distintas a las señaladas por el recurrente; es éste como demandante quien determina la amplitud de la demanda sin importar que la sentencia pueda ser casable por una causal no propuesta. Sin embargo, tratándose de nulidades, deberá la Corte declararlas de oficio. Así mismo podrá casar la sentencia cuando sea ostensible que atenta contra las garantías fundamentales (...).⁹

Tal es así que este cargo revela una falta de técnica en el manejo del recurso; debido a que no se estableció de una manera precisa cuáles son las violaciones en las que incurrió el *ad quem*, en qué parte de la sentencia se dieron tales violaciones y cómo dicha violación influyó en la decisión de la causa.

En síntesis, el casacionista no adecua correctamente su alegato en ninguna de las tres causales establecidas en el artículo 349 del CPP, las que exigen el desarrollo de

⁹ Op. cit., 37.

un razonamiento lógico, jurídico y técnico, ya que no es razonable que el deber de fundamentar el recurso de casación pretenda ser suplido en virtud de la simple inconformidad del recurrente con el fallo de segunda instancia, como tampoco se satisface con la simple mención de artículos que se consideren vulnerados; al contrario, debió determinar en qué parte de la sentencia existe la violación a la norma y las razones para considerar tal violación, porque no se trata de un medio de impugnación cualquiera, sino de un recurso extraordinario de casación.

5.3.3. La sentencia recurrida violentó el artículo 280 del CPP, ya que, a pesar de que la acusación particular no concurrió a la audiencia de juicio, se la declaró fallida por cinco veces y cuando ellos si asistieron a la diligencia, ésta se llevó acabo.

Sobre el reproche que se refiere a la falta de declaratoria de abandono de la acusación particular por parte del Tribunal *a quo*, cabe recordar que, como se estableció *ut supra*, este recurso extraordinario no está destinado a observar el procedimiento, sino la sentencia de segundo nivel y corregir, si fuere el caso, errores de derecho que contenga la misma.

En consecuencia a través de este tipo de alegaciones, se pone en discusión un procedimiento que debió haber sido debatido ante los juzgadores de instancia, pues la etapa de juicio no es materia de análisis de este Tribunal; consecuentemente, este tema de índole procedimental, se encuentra precluído y no es materia de este recurso.


Sin embargo, cabe aclarar que, de la sentencia del *ad quem* se desprende que en algunas ocasiones no se pudo llevar a efecto la audiencia por causas ajenas al acusador particular y es por ello que no fue necesario declarar abandonada la acusación particular, ya que aún con su presencia la diligencia no podía llevarse a cabo. Lo que, como en el anterior alegato, muestra que el recurrente aspira sorprender a este Tribunal con argumentaciones que no son verdaderas, con el fin de que mediante astucias este Tribunal encuentre que la Corte de Apelaciones incurrió en alguna violación a la ley.

SEXTO.- Resolución

Con fundamento en los antecedentes y considerandos, antes enunciados, tomando en cuenta que el recurrente no ha cumplido su obligación de fundamentar el recurso en los términos previstos en el artículo 349 del CPP, ni ha explicado satisfactoriamente de qué manera la sentencia impugnada ha violado la ley conforme a las causales que señala el artículo antes referido, y al no ser la mera inconformidad con la sentencia una de las causales para que prospere este recurso extraordinario, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, de conformidad con la disposición contenida en el artículo 358 del CPP, declara improcedente el recurso de casación presentado por el señor Héctor Genaro Becerra Sánchez. Ejecutoriado el fallo se remitirá al tribunal de origen para su ejecución. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-** f) Dr. Marco Maldonado Castro, **CONJUEZ NACIONAL PONENTE** f) Dra. Gladys Terán Sierra, **JUEZ NACIONAL;** f) Dr. Miguel Jurado Fabara, **JUEZ NACIONAL.-** Certifico: f) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretaria Relatora.

CERTIFICO: Las ocho (8) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito, 17 de enero del 2017


Dr. Carlos Rodríguez García
SECRETARIO RELATOR

JUICIO No. 1577-2015
RESOLUCION No. 1650-2016
RECURSO: CASACION
PROCESADO: Katuska Marisol Baird Aguilera
DELITO: USO DOLOSO DE DOCUMENTO FALSO

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR,
PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO**

JUEZA PONENTE: Sylvia Sánchez Insuasti

Juicio N° 1577-2015-SSI

Quito, martes 13 de septiembre del 2016, las 13h12

VISTOS:

1. ANTECEDENTES FÁCTICOS:

La Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, de cuya sentencia se ha recurrido, la misma que fue dictada con fecha 27 de mayo de 2015, a las 12h24, refiere en calidad de antecedentes, lo siguiente:

“(...) la vista fiscal acusatoria, que tuvo como antecedentes, la denuncia que presentara a la Fiscalía, el Ab. Ricardo Manuel López (...), que denunció por los hechos que dice cometió la procesada [Katuska Marisol Baird Aguilera] desde agosto del 2010 hasta abril 1 del 2011, cuando cometió falsedades en los documentos aduaneros, falsificándole la firma y rúbrica del denunciante, en las declaraciones por importaciones realizadas por el grupo azucarero ECUDOS S.A. y que se refieren a las falsificaciones en los documentos por declaraciones de régimen 15 y 40 de exportación de azúcar, y las importaciones a consumo de importación de azúcar en el año 2010 y 2011; precisando y enlistando los documentos falsos a investigar, para los que solicitó el denunciante se realice la prueba documentológica y grafológica de su firma” (sic).

2. ANTECEDENTES PROCESALES:

2.1. El Sexto Tribunal de Garantías Penales del Guayas, con fecha 29 de abril de 2014, a las 10h19, considerando que la conducta que se juzga se ajusta a la tipificada en los artículos 340 y 341 del Código Penal, dicta sentencia condenatoria en contra de KATIUSKA MARISOL BAIRD AGUILERA, en calidad de autora, imponiéndole una pena atenuada de dos años de prisión correccional, y el pago en calidad de daños y perjuicios, por quince mil dólares americanos.

2.2. De esta sentencia, la acusada Katuska Marisol Baird Aguilera y el acusador particular Ricardo López Navarrete, interponen recurso de apelación, correspondiendo conocer la causa a la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, que en sentencia de 27 de mayo de 2015, 12h24, resuelve desechar los recursos de apelación interpuestos y confirmar en todas sus partes la sentencia condenatoria recurrida.

2.3. Dentro del término legal, interponen recurso de casación tanto la procesada Katuska Baird, cuanto el acusador particular Ricardo López; y, habiéndose dado el trámite legal pertinente, en especial la realización de la audiencia oral, pública y de contradictorio, y por ser el estado de la causa, corresponde motivar la resolución por escrito.

3. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

El Consejo de la Judicatura, mediante Resolución N° 008-2015, de 22 de enero de 2015, aprobó la integración de la actual Corte Nacional de Justicia. Por su parte el Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 28 de enero de 2015, integró sus seis Salas Especializadas conforme dispone el artículo 183 reformado del Código Orgánico de la Función Judicial. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, mediante sorteo realizado el viernes 06 de noviembre de 2015, a las 15h47, designó el tribunal de casación competente, quedando integrado el mismo por la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, como Jueza Nacional Ponente de conformidad con el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional, y el doctor Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional, en reemplazo definitivo del Juez Nacional doctor Vicente Robalino Villafuerte, conforme oficio N° 463-SG-CNJ, de 08 de abril de 2016.

4. DEL TRÁMITE

Por cuanto el presente proceso penal se inició antes de la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial N° 180 del lunes 10 de febrero de 2014, le son aplicables las leyes vigentes a su tiempo, esto es, el Código de Procedimiento Penal

del año 2000, con sus reformas del 24 de marzo de 2009 y siguientes, en atención a lo previsto en la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal¹.

5. INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LA SUSTANCIACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN²

5.1. KATIUSKA MARISOL BAIRD AGUILERA.- La abogada Raquel Reyes Morales, defensora técnica de la acusada, fundamenta su recurso de casación, en los siguientes términos:

- Ha planteado el recurso de casación de conformidad a lo prescrito en el artículo 349 y artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, de la sentencia del Tribunal Sexto de Garantías Penales del Guayas, de fecha 29 de abril de 2014, por cuanto existe una violación de la ley; además existe una errónea interpretación y una mala aplicación de la norma, violentándose los artículos 75, 76.1.2.3.7, 82 de la Constitución de la República.
- Antecedentes: el acusador particular desde el inicio de la indagación previa, además de haber planteado una denuncia por uso doloso de documento público, plantea una denuncia por uso doloso de documento privado, el mismo que se basó en una carta de autorización que supuestamente el señor Ricardo López le hace a su clienta para el cobro de unos honorarios, esa denuncia fue juzgada por el Tercer Tribunal de Garantías Penales, de la cual una de las Salas de la Corte Provincial del Guayas declaró la nulidad, por cuanto esta denuncia de documento público, fue en base al documento de unas declaraciones aduaneras, por lo que la formulación de cargos se la realizó en virtud de lo acotado. El día de la audiencia en el Sexto Tribunal de Garantías Penales, la Fiscalía acusa en base a las declaraciones aduaneras, sin embargo no se toma en cuenta estos documentos como públicos, sino como privados, ya que se basa en la carta antes referida.
- Ha existido una falta de motivación y una errónea aplicación de la ley al sentenciar a su defendida con el artículo 340 y artículo 341 del Código Penal, ya que no se acusó por el delito de uso doloso de documento público, sino que se acusó por el uso de documento público y su defendida es acusada por el uso doloso de documento privado. (sic)
- Su defendida fue nuevamente sentenciada por la carta, razón por la que se le deja en un total grado de indefensión, de tal forma que se constata una mala aplicación de la norma.
- Por el artículo 29.6.7 en concordancia con el artículo 72, se le impone a su clienta la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN CORRECCIONAL, y respecto a lo aludido en el artículo 72 del Código de Procedimiento Penal, solo se aplica con los delitos sancionados con reclusión, motivo por el cual debió ser considerado el artículo 73 del cuerpo legal antes invocado.
- Existe violación del principio de congruencia, haciendo referencia a una cita del doctor Zambrano Pasquel.
- Los Jueces han incurrido en error inexcusable, por cuanto existe transgresión al principio de presunción de inocencia y al principio de motivación. Como referencia, en el caso 129-14-SEP-CC, emitido por la Corte Constitucional, existe analogía a lo que se está ventilando.

¹ Los procesos penales, actuaciones y procedimientos de investigación que estén tramitándose cuando entre en vigencia este Código, seguirán sustanciándose de acuerdo con el procedimiento penal anterior hasta su conclusión, sin perjuicio del acatamiento de las normas del debido proceso, previstas en la Constitución de la República, siempre que la conducta punible esté sancionada en el presente Código.

² Expediente de la Corte Nacional de Justicia, Acta de la audiencia de fundamentación del recurso, f. 18 a 20.

- Solicita que se acepte el recurso de casación y se declare la inocencia de su defendida.

5.2. Abogado RICARDO LÓPEZ NAVARRETE.- Por sus propios derechos, en calidad de acusador particular, fundamenta su recurso de casación, manifestando lo siguiente:

- La abogada defensora de la procesada no ha mencionado la norma que fue supuestamente violada por la sentencia dentro del Sexto Tribunal de Garantías Penales, así tampoco por la Sala Penal, Colusorios y Tránsito; además, a fs. 206 y 216 del cuaderno, la procesada a través de su abogado Guillermo Figueroa, presenta un escrito indicando que justifica el uso doloso de estos documentos públicos en el cobro de más de \$ 31.696 de honorarios hasta el 11 de marzo de 2011, pero con la carta privada que menciona la abogada, por eso trata de confundir a la Sala, conforme lo realizó anteriormente en el proceso.
- La Jueza dicta el auto de llamamiento a juicio, en base a la acusación deducida por Fiscalía, respecto a los artículos 339 y 341 del Código Penal vigente en ese entonces, bajo la calidad de autora (artículo 42), amparada también en los documentos entregados por la SENAE.
- El Sexto Tribunal de Garantías Penales y la Corte Provincial, no consideran los argumentos jurídicos manifestados por la Fiscalía y por la acusación particular. La parte séptima y quinta de la sentencia de la Corte Provincial y es en relación a esto, que a su entender existe contravención expresa de su texto, ya que el artículo 227.3.4 del Código Orgánico de Comercio, Producción e Inversiones, así como lo considerado en el artículo 83.j) y artículo 120 de la Ley Orgánica de Aduanas derogada, indica que cualquier tercera persona que sea funcionario público o no, tiene que ser sancionado con el artículo 339 y 341 del Código Penal. (sic)
- A fs. 112 y 127 consta la pericia del Sgos. Freddy Basantes. El artículo 84 de Comercio e Inversiones, hace referencia a los delitos de fe pública.
- Se viola el artículo 78 y 82 de la Constitución de la República (Reparación Integral).
- Fueron violados sus derechos conforme se constata a fs. 218 a 242.
- Solicita se case la sentencia, por haberse violado el artículo 227.3.4 Comercio, Producción e Inversiones; y, los artículos 339 y 341 del Código Penal, en concordancia con el artículo 328 del Código Orgánico Integral Penal actual.
- Así mismo no se ha reconocido los artículos 75, 76, 185 de la Constitución de la República, y que se tenga en cuenta el artículo 30.5.6.7 del Código Penal, al existir agravantes.

5.3 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.- El doctor José García Falconí, delegado del señor Fiscal General del Estado, en relación a las fundamentaciones de los recursos de casación, expresa:

- Respecto al recurso de la procesada, en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, no existe la causal de mala aplicación, sino una indebida aplicación.
- En relaciona a la violación de los artículos 75, 76.1.2.3.7, señala que no se ha dicho en cuál de los literales del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República, se ha producido dicha vulneración.
- Si bien el fiscal es el dueño de la investigación, le corresponde al juzgador calificar qué delito se cometió.
- Existe motivación en la sentencia dentro de los requisitos de constitucionalidad exigidos.

- No se ha violado el artículo 76.2 de la Carta Magna, ya que la procesada todavía no tiene sentencia ejecutoriada en su contra, por lo tanto, no se ha justificado conforme a derecho el recurso de casación interpuesto por la procesada.
- Respecto al recurso de casación interpuesto por el acusador particular, el mismo ha hecho referencia a hechos, lo cual no es procedente, ya que el recurso que se ventila solo debe versar estrictamente a errores de derecho que contenga la sentencia.
- En cuanto a lo manifestado por el acusador particular en la violación del artículo 75 y 76 de la Constitución de la República, debe indicarse por parte del recurrente qué numeral, qué literal se violó.
- Referente a la violación del artículo 226.3.4 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversión, no se debe simplemente indicar el artículo, sino hacer constar en qué parte de la sentencia se produjo esta violación.
- Hubo una contravención expresa del artículo 78 de la Constitución de la República, por lo cual se debe casar la sentencia solamente en ese sentido.

5.4. Réplica y contradicción de la acusada KATIUSKA MARISOL BAIRD AGUILERA.-

El abogado Byron López Carriel, en representación de la procesada y haciendo uso de sus derechos de contradicción y réplica, señala:

- Solicita que en base a la sana crítica analicen si son documentos públicos o privados.
- El acusador particular en la fundamentación de su recurso se contradice.
- Se violenta el principio *nom bis in idem*.

La abogada Raquel Reyes Morales, quien fundamentó el recurso indica que no se mencionó el artículo 78 de la Constitución de la República, ya que se violenta el principio de motivación.

6. PROBLEMAS JURÍDICOS A SER RESUELTOS

6.1. Especificación de la normativa aplicable al recurso de casación.- Es obligación del recurrente, precisar las normas que sirven de base para el recurso planteado, que para el presente caso, es exclusivamente el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

6.2. Determinación de la sentencia recurrida.- Quien interponga el recurso de casación, al fundamentar el mismo debe señalar en forma precisa, la sentencia de la cual recurre, que no puede ser otra que la dictada por el tribunal ad-quem, que no es susceptible de otra clase de recursos.

6.3. Requisitos para la procedencia del recurso de casación.- El recurso de casación exige que el casacionista identifique un error de derecho de conformidad con las causales previstas en

el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal; especifique la norma legal que estima se ha violado; señale dónde se encuentra el yerro de la norma sustancial, en el análisis de la sentencia de segunda instancia; y, explique cómo dicho error, influyó en la decisión de la causa; aclarando que los pedidos tendientes a valorar nuevamente la prueba, se encuentran expresamente prohibidos.

6.4. Necesidad de motivación en la sentencia.- El Tribunal de Casación puede conocer en sede de casación, con carácter subsidiario, las violaciones a garantías constitucionalmente consagradas, entre ellas, falta de motivación (artículo 76.7.1 de la Constitución de la República del Ecuador). Siguiendo con los criterios expuestos por la Corte Constitucional del Ecuador, una sentencia motivada debe ser lógica, razonable y comprensible; a estos elementos debe referirse el casacionista para demostrar la falta de motivación de la sentencia impugnada.

7. CONSIDERACIONES GENERALES:

7.1. La Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 1, 11, 66, 75, 76, 77, 81, 82, 167, entre otros, diseña y desarrolla un Estado constitucional de derechos y justicia, en que el máximo deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos humanos, garantizar los derechos a la vida, la libertad, la salud, la igualdad formal y material, a la integridad, a la seguridad, a la tutela efectiva, imparcial y expedita, a la propiedad, al debido proceso y la motivación, a ser juzgado por un juez competente, a impugnar las decisiones judiciales, a la seguridad jurídica de la que una de sus expresiones es la legalidad, en que la potestad de administrar justicia emana del pueblo quien la ejerce a través de los órganos de la Función Judicial y otras autoridades legítimas, y en que el proceso penal es un medio para la realización de la justicia que debe atender a principios fundamentales como la legalidad y la mínima intervención penal, y en que las resoluciones deben estar motivadas.

7.2. Sobre el Derecho a Recurrir.- La Constitución de la República del Ecuador, al tratar sobre las garantías básicas del derecho al debido proceso y más concretamente del derecho a la defensa en el artículo 76.7.m), establece:

“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...)

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...)

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”.

Así también, el derecho a recurrir de las decisiones judiciales, se encuentra garantizado en el artículo 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que dice:

“Garantías Judiciales

(...) 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...)

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

Igualmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo considera en su artículo 14.5 que prevé:

“(...) 5. 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 lo prescrito por la ley”.

La Corte Constitucional, respecto al derecho a recurrir se ha pronunciado en varias de sus resoluciones, señalando:

“En todos los procesos sometidos a juicio, entre los que están los de materia penal, en los cuales existe una confrontación de intereses, la parte que se siente perjudicada siempre tendrá el derecho de buscar y activar los medios que le permitan oponerse a que la resolución o sentencia dictada por el juez adquiera la calidad de cosa juzgada y de esta manera evitar el efecto de inmutabilidad de las sentencias. Esta oposición se materializa a través de los denominados recursos (en sus distintas clasificaciones), que tienen por objeto modificar una decisión judicial por una nueva, en cumplimiento del principio de legalidad, el cual exige resoluciones acordes a la Constitución y la ley”³.

“La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir, al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes

³ Gaceta Constitucional N° 002, publicada en el R. O. de martes 19 de marzo de 2013 N°. 2. Caso N°. 624-12-CN, p.17.

*intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad*⁴.

7.3. Naturaleza jurídica del Recurso de Casación: La casación es una institución procesal, un recurso extraordinario; no constituye una nueva instancia de análisis sobre los hechos presentados en el caso, sino que realiza únicamente un análisis *in iure* de la sentencia de segunda instancia para determinar posibles violaciones a la ley, ya por haber contravenido expresamente a su texto, o por existir una indebida aplicación de la misma, o por haberla interpretado erróneamente, como dispone el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal⁵.

El recurso de casación forma parte de los medios de impugnación que nuestro sistema procesal penal proporciona a los sujetos procesales para defender el imperio del derecho en las decisiones judiciales; constituye un instrumento protector de los derechos y garantías fundamentales de las partes en el ámbito penal. En el Ecuador rige el Estado constitucional de derechos y justicia, por lo que el recurso de casación pasa de cumplir la función de control de la aplicación de la ley por parte de los tribunales de instancia y la unificación de criterios jurisprudenciales, a la función de la tutela de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos y de las normas que de manera formal y material sustentan sus disposiciones.

La casación constituye una de las expresiones del ejercicio del derecho a la impugnación, garantizado en los artículos 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 76.7.m) de la Constitución de la República del Ecuador, referidos anteriormente.

La Corte Constitucional, se pronunció acerca de la naturaleza técnica y limitada del recurso de casación de la siguiente manera:

“La casación es un recurso extraordinario que fue establecido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a finales del siglo anterior, cuyo objetivo principal es el de analizar si en la sentencia existen violaciones a la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación de la misma. De esta forma, no debe concebirse al recurso de casación como un recurso ordinario más, sino al contrario los usuarios y operadores de justicia deben tener presente que la casación es aquel recurso de carácter extraordinario que únicamente procede respecto de una sentencia, mas no una

⁴ Sentencia N° 095-14-SEP-CC, dictada el 4 de junio de 2014, dentro del caso N° 2230-11-EP.

⁵ “El recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación (...)”.

*instancia adicional en la cual se puedan analizar temas de legalidad que ya fueron resueltos por jueces inferiores*⁶.

Por su parte, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, a través de sus Tribunales de Casación, al definir los parámetros para analizar el recurso de casación, ha establecido que:

*“Ningún recurso de casación podrá ser procedente, si el recurrente no exterioriza las razones jurídicas de las que se cree asistido, para elaborar los cargos que presenta al Tribunal. Esta actividad, que se conoce como argumentación jurídica, consta de tres componentes básicos: a) Determinación de la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; b) Confrontación entre el razonamiento del juzgador sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica, que se considera ha provocado un error de derecho, y aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debería haber realizado; y, c) Explicación de la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada”*⁷.

Varios tratadistas del derecho procesal penal, también han realizado sus pronunciamientos sobre el recurso de casación; así:

Luis Cueva Carrión señala que: “[...] el recurso de casación resuelve la pugna que existe entre la ley y la sentencia, no entre las partes[...]”⁸.

Orlando Rodríguez citando a Roxin establece que: “La casación es un recurso limitado. Permite únicamente el control *in iure*. Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida (...)”⁹.

Sobre la misma línea, Claría Olmedo sostiene que: “La casación constituye una garantía para la mejor realización del orden jurídico (...)”¹⁰.

Devis Echandía señala: “La casación no da lugar a una instancia”¹¹.

En este sentido Torres Romero y Puyana Mutis precisan que: “La casación, como un juicio sobre la sentencia que es, no puede entenderse como una instancia adicional, no como potestad ilimitada para revisar el proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos fácticos y normativos, sino como una fase extraordinaria, limitada y excepcional del mismo”¹².

⁶ Sentencia N° 001-13-SEP-CC, dictada el 06 de febrero del 2013, en el caso N° 1647-11-EP.

⁷ Sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, dentro del caso No. 444-2014.

⁸ Luis Cueva Carrión, *La Casación en Materia Penal*, Ediciones Cueva Carrión, 2da Edición, Quito, 2007, p. 146

⁹ Orlando A. Rodríguez Ch., *Casación y Revisión Penal, Evolución y Garantismo*, Temis, Bogotá – Colombia, 2008, pp. 18

¹⁰ *Ibidem*, pp. 19

¹¹ Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, Editorial Universidad, 3ra Edición, Buenos Aires, 2002. P. 513

¹² *Ibidem*, pp. 20

Marco Antonio Guzmán, sostiene que: *“La casación es un recurso extraordinario, extremo: se recurre a él cuando respecto al fallo impugnado ya no existen más instancias a las que acceder. Además, no puede proponerse en todo tipo de proceso ni contra toda clase de sentencias. No es, pues, una nueva instancia; no equivale a la tercera instancia: resulta claramente diverso de ella”*¹³.

Fabio Calderón Botero, define al recurso de casación penal como: *“[...] un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo, contra sentencias definitivas que acusan errores de juicio o de actividad, expresamente señalados en la ley, para que un tribunal supremo y especializado las anule, a fin de unificar la jurisprudencia, proveer a la realización del derecho objetivo, denunciar el injusto y reparar el agravio inferido”*¹⁴.

De los criterios jurídicos antes expuestos, se concluye, que el recurso de casación se caracteriza por su tecnicismo y excepcionalidad, en tanto, se dirige y limita, a analizar la sentencia de segunda instancia, a fin de determinar si en ella se ha violado la ley, por alguna de las causales expresamente determinadas en la normativa adjetiva penal, que para el presente caso es el Código de Procedimiento Penal y no otra ley, esto es contravención expresa de la ley, indebida aplicación, o errónea interpretación; es respecto a estos errores *“in iudicando”*, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de Casación.

Además, debe precisarse que en sede de casación, por imperativo legal, está prohibido volver a valorar prueba. De ahí que, toda alegación que no se subsuma dentro de los parámetros legales que rigen el recurso de casación, resulta improcedente, por no ser conducente, para demostrar la violación a la ley en la sentencia objetada.

8. SOBRE EL RECURSO PLANTEADO Y SU FUNDAMENTACIÓN

8.1. En atención a lo analizado anteriormente, encontramos que los cargos casacionales pueden ser de tres clases; esto es contravención expresa de la ley, indebida aplicación de la misma, o errónea interpretación de la ley, violaciones que se encuentran en la sentencia recurrida. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en varios de sus fallos ha explicado a qué se refieren estas causales, señalando:

¹³ Marco Antonio Guzmán, *“La casación en Ecuador, en especial, la Administrativa y la Civil”*, en Revista de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Universitaria, Quito, 2008, p. 129

¹⁴ Fabio Calderón Botero, *“Casación y Revisión en materia penal”*, Segunda Edición, Ediciones Librería del Profesional, Impreso en Colombia, p. 2

a) Contravención expresa; la cual se presenta cuando el juzgador ha dejado de utilizar una norma jurídica para resolver determinado caso concreto, sin considerar que los hechos probados, tras la valoración de la prueba, guardan identidad con el supuesto fáctico de aplicación de la disposición normativa; b) Indebida aplicación; que existe cuando el juzgador ha utilizado una norma jurídica para resolver determinado caso concreto, sin tomar en cuenta que los hechos que ha considerado probados tras la valoración de la prueba, no guardan identidad con el supuesto fáctico de aplicación de la disposición normativa; c) Errónea Interpretación; que se da, cuando el juzgador ha utilizado una norma jurídica adecuada para resolver determinado caso concreto, pero interpretando de forma inadecuada su sentido y alcance.

8.2. Conforme a la normativa atinente al recurso de casación analizada ut supra, y contrastada con la fundamentación realizada por la defensa técnica, tanto de la procesada Katuska Marisol Baird Aguilera, cuanto del acusador particular Ricardo López Navarrete, este Tribunal de Casación establece la improcedencia de los recursos, por las siguientes razones:

8.2.1 La casacionista Katuska Baird, señala que su planteamiento del recurso es respecto a la sentencia dictada por el Tribunal Sexto de Garantías Penales del Guayas, esto es de la sentencia de primer nivel, lo cual es improcedente, pues de conformidad con el artículo 343.2 del Código de Procedimiento Penal, de dicha sentencia lo que corresponde es plantear el recurso de apelación, a fin de cumplir con la institución de la doble instancia, a más del recurso de nulidad que se puede interponer en atención a los artículos 332 y siguientes ibídem; consecuentemente, lo que correspondía a la procesada recurrente era plantear su recurso de la sentencia dictada por el tribunal provincial, en atención al recurso de apelación respectivo, situación que no ha ocurrido en el presente caso, lo que conlleva la improcedencia de la casación.

Conforme ha quedado ampliamente explicado anteriormente, la fundamentación del recurso debía especificar con precisión, en virtud del principio de taxatividad, la causal de casación por la cual se planteó el recurso, conforme el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, esto es contravención expresa, indebida aplicación o errónea interpretación de la ley; sin embargo, la recurrente ha manifestado que existiría una “*mala aplicación*” de normas, lo cual no constituye una causal válida de casación, y esto, unido al hecho de que no se ha realizado una argumentación jurídica clara, mediante la cual se ponga en conocimiento de este Tribunal de Casación, la forma en que los artículos de la ley que menciona, han sido vulnerados en la sentencia, recordando que dicha argumentación jurídica, conforme se señaló supra, debe observar tres componentes fundamentales que son la determinación de la parte específica de la sentencia en donde estaría el error in iudicando, la confrontación entre el razonamiento del

juzgador y la aplicación debida, y la explicación de la forma en que el error de derecho ha influido en la decisión adoptada por el tribunal ad-quem, situaciones que en el presente caso, han sido inobservadas por completo por la casacionista, dando como resultado la improcedencia del recurso por falta de fundamentación del mismo.

8.2.2 Por su parte el acusador particular Ricardo López Navarrete, también casacionista, plantea como cargo casacional ajustado a los requerimientos del recurso, la contravención expresa de la ley en sus artículos 227.3.4 del Código Orgánico de Comercio, Producción e Inversiones, y 83.j) y 120 de la Ley Orgánica de Aduanas; sin embargo, comete la misma omisión que la procesada en cuanto a que no se ha realizado la más mínima argumentación jurídica por la cual explique al Tribunal de Casación, de qué manera se habría incurrido en la inobservancia de las normas referidas, para tener una base sobre la cual pronunciarse, resultando por tanto la improcedencia por no haber fundamentado el recurso, correspondiendo por tanto desechar el mismo; recordando, además, que en atención al último inciso del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, no son admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba que consta en el proceso.

8.3. DE LA MOTIVACIÓN: En virtud de que luego de la revisión y análisis de la sentencia in examine, el Tribunal de Casación, en atención a la facultad constante en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal y siendo este un tribunal de justicia de cierre, ha advertido que existe falta de motivación de la misma, se realizará el estudio y motivación respectivos sobre esta temática.

8.3.1 Sobre la garantía constitucional de motivación de las sentencias: La Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 76.7.1) prescribe:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...)

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...)

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.

Consecuentemente, la obligación de motivación de toda clase de fallos o resoluciones que dicten los organismos, dentro de los cuales se encuentran los jurisdiccionales, no es únicamente una formalidad que pueda o no ser empleada, sino que se constituye, por mandato constitucional, en una causal de nulidad de los actos que incumplan dicha obligación.

En el mismo orden de ideas, encontramos que la motivación, no se refiere únicamente a la vinculación de hechos con normas jurídicas, sino que ésta va más allá, conforme lo prevé el artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial, que señala:

“FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: (...)”

4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos; (...)” (el resaltado no corresponde al texto).

Por lo tanto, la motivación constituye una obligación de los órganos jurisdiccionales, una garantía del debido proceso, que asegura a los justiciables conocer en forma amplia y detallada, las causas o razones por las que, la o el juzgador, aceptó o denegó las pretensiones planteadas por los sujetos procesales; en tal virtud, esta institución no puede ser vista como una formalidad, sino como un derecho de las partes, cuya inobservancia, como se indicó, provoca la nulidad del acto.

8.3.2 Desarrollo jurisprudencial de la garantía constitucional de motivación.- La Corte Constitucional, para el período de transición, respecto a la motivación ha dicho lo siguiente:

“(...) Como parte esencial de los principios que forman parte del derecho al debido proceso se encuentra la motivación de las sentencias, puesto que con aquello se configura el accionar conforme a la Constitución y Derecho por parte de las diversas autoridades públicas, quienes son las primordialmente llamadas a velar por el cumplimiento de los principios y garantías constitucionales. En la especie, este principio de motivación se articula simbióticamente con el derecho a una tutela judicial efectiva¹⁵, y obviamente

¹⁵ El Tribunal Constitucional español en la Sentencia de 18 de junio de 1991 (RA 4473) F.J.3º, determina: “el contenido constitucional del mencionado derecho a la tutela judicial efectiva se manifiesta no solamente en el derecho de acceso a la jurisdicción y en el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, sino que también, esencialmente, del derecho a obtener

aquello contribuirá a garantizar la seguridad jurídica dentro de un estado constitucional, con el objeto de que quienes acuden a los diversos órganos jurisdiccionales en el país no queden en la indefensión, y de generar la confianza debida en el sistema jurídico ecuatoriano; empero, aquello no significa exclusivamente acceder a los órganos jurisdiccionales, sino que una vez ejercitado aquel derecho, los jueces y juezas deben guiar sus actuaciones diligentemente, en aras de alcanzar la tan anhelada justicia, y es precisamente a través de la motivación de las resoluciones judiciales cuando los jueces y juezas determinan que sus actuaciones se han producido con apego a la Constitución y a las leyes que rigen un caso en concreto”¹⁶.

“La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve, y que nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión(...)”¹⁷.

“Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecuan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre ésta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto”¹⁸.

Por otra parte, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, respecto a la motivación, así como a la falta de la misma, ha manifestado que:

La motivación es “una obligación que racionaliza el proceso al ser requisito esencial y luego una causal de nulidad de los actos que no cumplen este derecho del procesado. Sin embargo, la motivación, no solamente se refiere a la vinculación de los hechos con normas jurídicas, sino que radica en la subordinación del poder judicial a la Constitución cuando justifica los razonamientos del órgano jurisdiccional por los que se ha alcanzado la resolución adoptada (...) debiéndose, por tanto, mantener coherencia lógica entre las alegaciones de las partes, la prueba y las conclusiones expresadas por el órgano jurisdiccional en su decisión”¹⁹.

“La ausencia de motivación se refiere a la ‘[...] ausencia de una exposición de motivos que justifiquen la convicción del juez en cuanto al hecho y las razones jurídicas que determinan la aplicación de una norma de ese hecho, y que comprenda todas las cuestiones’. Es obligación de las juezas y jueces hacer constar en sus resoluciones una

una resolución fundada jurídicamente”. (Citado por Iñaki Esparza Leibar; “El principio del debido proceso”, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1995, p. 220.

¹⁶ Sentencia N° 003-10-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 117, de 27 de enero de 2010.

¹⁷ Sentencia N° 069-10-SEP-CC, publicada en el Registro Oficial 372, de 27 de enero de 2011.

¹⁸ Sentencia N° 227-12-SEP-CC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 777, de 29 de agosto de 2012.

¹⁹ Corte Nacional de Justicia, Sentencia dictada el 16 de septiembre de 2014, las 17h00, dentro del caso 504-2014.

exposición de los motivos por los cuales adoptan la resolución que contenga la descripción de los hechos analizados (en el caso de las sentencias que contengan los hechos y actos probados en la audiencia de juicio), las normas jurídicas aplicables, la relación lógica entre los hechos analizados, las normas jurídicas y las conclusiones”²⁰.

8.3.3 Doctrina sobre la motivación.- El tratadista Róger E. Zavaleta Rodríguez, en la obra *“Razonamiento Judicial. Interpretación, Argumentación y Motivación de las Resoluciones Judiciales”*, manifiesta:

“La motivación de las resoluciones judiciales constituye el conjunto de razonamiento de hecho y derecho realizados por el juzgador, en los cuales apoya su decisión. Motivar, en el plano procesal, consiste en fundamentar, exponer los argumentos fácticos y jurídicos que sustentan la decisión. No equivale a la mera explicación o expresión de las causas del fallo, sino a su justificación razonada, es decir, a poner de manifiesto las razones o argumentos que hacen jurídicamente aceptable la decisión”²¹.

Igualmente la doctora Beatriz Angélica Franciskovic Ingunza, en su artículo *“La Sentencia Arbitraria por Falta de Motivación en los hechos y el Derecho”*, expresa:

“La motivación, es algo más, implica algo más que fundamentar; es la explicación de la fundamentación, es decir, consiste en explicar la solución que se da al caso concreto que se juzga, no bastando una mera exposición, sino que consiste en realizar un razonamiento lógico (...)

La sentencia debe mostrar, tanto el propio convencimiento del juez como la explicación de las razones dirigidas a las partes, ha de explicar el proceso de su decisión y las razones que motivaron la misma. Mientras la falta de motivación conduce a la arbitrariedad en la resolución, la falta de fundamentación comporta una resolución anclada fuera del ordenamiento jurídico. La motivación es pues una prohibición de arbitrariedad”²².

8.3.4 La motivación en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación a la motivación ha referido:

“Por otro lado, la Corte destaca que la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa. En efecto, la argumentación ofrecida por el juez debe mostrar claramente que han sido debidamente tomados en cuenta los argumentos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado rigurosamente,

²⁰ Corte Nacional de Justicia, Sentencia dictada el 29 de agosto de 2013, las 11h25, dentro del caso 191-2011.

²¹ José Luis Castillo Alva, Manuel Estuardo Luján Túpez y Róger E. Zavaleta Rodríguez, *Razonamiento Judicial, Interpretación, Argumentación y Motivación de las Resoluciones Judiciales*, Lima, 2ª edición, ARA Editores E.I.R.L., 2006, p. 369-370.

²² La Sentencia Arbitraria por Falta de Motivación en los Hechos y el Derecho, Beatriz Angélica Franciskovic Ingunza, www.uigv.edu.pe/facultades/derecho/documentos/biblioteca/Articulo03_BeatrizFranciskovic.pdf

*más aún en ámbitos en los que se comprometen derechos tan importantes como la libertad del procesado*²³.

Igualmente este Organismo, respecto del estándar mínimo que debe cumplir una resolución para ser considerada debidamente motivada, ha expuesto en el caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, lo siguiente:

*“El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el artículo 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso*²⁴.

8.4. DE LA SENTENCIA RECURRIDA: En el contexto de lo analizado en los puntos anteriores, cabe indicar que la sentencia constituye un proceso de valoración jurídica y de selección de las normas aplicables al caso, es así que la sentencia debe ser razonada y fundamentada, y decidir con claridad los puntos materia de la controversia; en este sentido, se requiere que exista la respectiva conformidad entre los elementos fácticos y la norma jurídica en la que se sustenta la resolución. Así también, la sentencia debe observar los principios constitucionales y legales a los que se encuentra sometido nuestro sistema procesal penal, y ser un fiel reflejo de la realización y cumplimiento efectivo de dichos principios en el juicio. Igualmente, al ser la sentencia un proceso lógico e integral, esta tiene que guardar la respectiva armonía y congruencia entre sus partes descriptiva, motiva, y resolutive.

Además, conforme ha señalado la Sala en casos anteriores²⁵, para resolver los casos puestos en conocimiento de los juzgadores, estos se encuentran en la obligación de tener presente, al momento de emitir sus fallos, una gama de instrumentos que le permiten realizar una debida motivación, como son las normas constitucionales, los cuerpos legales y reglamentarios vigentes aplicables a cada caso, la diversa jurisprudencia tanto nacional cuanto internacional, el derecho

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, 5 de agosto de 2008, párrafos 77 y 78.

²⁵ Juicios Penales Nos. 1641-2013, 0002-2015

de convencionalidad al que está sometido el país, así como la doctrina especializada que corresponde al delito que se juzga.

Sin embargo, revisada la sentencia dictada por la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, se observa que la misma consta en primer lugar del análisis de los antecedentes procesales, dentro de lo cual señala que “*Sustanciada la instancia, según las previsiones del Capítulo II, Arts. 653 y siguientes del COIP; tuvo lugar, en el día y hora señalados; (...), la audiencia de fundamentación del recurso; (...). Por ser el estado de la causa el previsto en el No. 7 del Art. 654 ibídem, (...)*”, equivocando la norma procesal aplicable al caso, pues inobserva lo previsto en la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, que determina que la ley aplicable al caso es el Código de Procedimiento Penal, por haberse iniciado antes de la entrada en vigencia de la nueva ley.

Continúa el tribunal ad-quem declarando la validez procesal; luego analiza el antecedente fáctico, para posteriormente, en un considerando diminuto referirse a las pruebas que a su criterio justifican el resultado material del delito.

Seguidamente, en la consideración Cuarta, también de manera diminuta, realiza sus conclusiones respecto a la causalidad penal y la responsabilidad penal de la procesada recurrente, expresando que “*De la revisión del entorno procesal; apreciándolo de modo integral y con el rigor de la sana crítica; y en especial de la relación del acta del juicio, de lo narrado en la denuncia que hizo el perjudicado; del acta de la audiencia del llamamiento a juicio; y toda la prueba documental y testimonial actuada de modo perfecto y válido en la audiencia del juicio; se establece de modo irrefragable y pleno que la aquí recurrente y condenada, es autora y responsable del delito (...)*”; es decir, sin realizar el análisis pormenorizado de las pruebas, llega a la conclusión, lo que torna en inentendible el fallo emitido, lo que afecta al estándar motivacional de comprensibilidad.

A continuación, el tribunal provincial hace referencia a lo que titula como “*La tipicidad del delito que se juzga*”, sin embargo, en realidad no se realiza ningún examen de tipicidad, pues el mismo debe efectuarse desde la perspectiva de la teoría general del delito, a fin de que se detalle en forma coherente, si se encuentra o no comprobados todos y cada uno de los elementos del tipo, así como también de los demás elementos del delito.

Siguiendo la misma metodología, en el considerando Sexto de la sentencia, el tribunal hace referencia a las alegaciones de la defensa de la procesada; sin embargo, no constan tales alegaciones y por el contrario, se emiten criterios muy generales sobre lo manifestado ante el tribunal de apelación y la versión rendida en la etapa de instrucción fiscal, sin que se tenga un conocimiento, por parte de quien lee la sentencia, de cuáles fueron en realidad esas alegaciones realizadas por la procesada, a fin de determinar si la conclusión a la que ha llegado el ad-quem, es correcta o no.

En el considerando Séptimo de la sentencia, referente a la ley penal aplicable, en forma escueta se señala cuál es la norma que este tribunal aplica al caso sin posibilidad de favorabilidad, enumera atenuantes, y expresa que respecto a daños y perjuicios *“se estima han sido fijados con criterio judicial acertado, en la cuantía fijada en la resolución”*, sin que se observe el más mínimo análisis sobre todos estos puntos.

De lo señalado se desprende que la sentencia recurrida carece totalmente de motivación, pues se inobservan los estándares motivacionales señalados y analizados ut supra, no se hace uso de los diferentes instrumentos que sirven de sustento a las resoluciones judiciales, pues no se ha mencionado ninguna norma constitucional de las que rigen el derecho penal y procesal penal, no se ha hecho referencia a jurisprudencia sobre los temas que se juzgan, no se ha utilizado ni una sola doctrina sobre la materia, y mucho menos se ha hecho referencia a instrumentos internacionales aplicables al caso, tornando la sentencia, juntamente con lo señalado en líneas anteriores, en carente de los estándares de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, que son fundamentales para que un fallo se encuentre debidamente motivado.

En definitiva, la sentencia dictada por la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, vulnera el artículo 76.7.1) de la Constitución de la República del Ecuador, y más concretamente los estándares motivacionales de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, aclarando que, conforme lo ha indicado la Corte Constitucional, *“Las exigencias de lógica, razonabilidad y comprensibilidad no son concurrentes, es decir no es necesario que existan las tres características para que una resolución de los poderes públicos se considere como indebidamente motivada, pues basta con que una de ellas no se encuentre satisfecha para que dicha resolución no goce de la garantía de la motivación”*²⁶.

²⁶ Sentencia N° 108-14-SEP-CC, dictada el 23 de julio de 2014, en el caso N° 1314-10-EP, p. 7.

Por lo expuesto, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, por unanimidad este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

RESUELVE,

1. Declarar la nulidad constitucional de la sentencia dictada por la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, con fecha 27 de mayo de 2015, a las 12h24, desde la audiencia de fundamentación de los recursos de apelación, por considerar que la misma carece de motivación, violándose así la garantía de las personas a una decisión judicial motivada, contenida en el artículo 76.7.1) de la Constitución de la República del Ecuador, a fin de que se vuelva a llevar a cabo la fundamentación de dichos recursos y se dicte una sentencia en base a los estándares constitucionales y legales, nacionales y supranacionales de motivación pertinentes; esta nulidad se la declara a costa de los Jueces Provinciales que la provocaron.
2. Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al tribunal que lo remitió a esta Corte, para los fines legales pertinentes.- Actué el doctor Carlos Iván Rodríguez García, Secretario Relator de la Sala.- **NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.** f) Dra. Ximena Quijano Salazar, **JUEZ NACIONAL PONENTE** f) Dr. Marco Maldonado Castro, **CONJUEZ NACIONAL.**- Certifico: f) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretaria Relatora.

CERTIFICO: Las diez (10) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito, 12 de enero del 2017


Dra. Ximena Quijano Salazar
SECRETARIA RELATORA

JUICIO No. 2071-2014
RESOLUCION No. 1652-2016
RECURSO: CASACION
PROCESADO: CABRERA CEVALLOS CARLOS CAMILO
DELITO: ESTRUPO

“Agravada: A.G.G.L.¹

Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Quito, 14 de septiembre de 2016, las 08h00.-

VISTOS:

PRIMERO.- Jurisdicción y competencia

El Pleno del Consejo de la Judicatura, de acuerdo con los artículos 182 de la Constitución de la República del Ecuador —CRE— y 173 del Código Orgánico de la Función Judicial —COFJ—, emitió la Resolución No. 08-2015, de 22 de enero de 2015, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 441, de 20 de febrero del mismo año, por medio de la cual aprobó la actual integración de la Corte Nacional de Justicia.

Mediante la Resolución No. 01-2015, de 28 de enero de 2015, publicada en el Registro Oficial No. 445, de 25 de febrero del presente año, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia integró sus seis Salas Especializadas, de conformidad con los mandatos establecidos en los artículos 182 de la CRE y 183 del COFJ. De igual forma, en el precitado Registro Oficial, se publicó la Resolución No. 02-2015, emitida el mismo día, en virtud de la cual el Pleno determinó las reglas de distribución de juicios a aplicarse por efecto de la renovación parcial de sus juezas y jueces.

En Resolución No. 060-2015, de 1 de abril de 2015, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 476, de 9 de abril del mismo año, el Consejo de la Judicatura asignó conjezas y conjecees en las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, de acuerdo a lo previsto en los artículos 200 y 201, numerales 1 y 2, del COFJ.

¹ Con el propósito de evitar la exposición pública de la ofendida y que se perjudique en su desarrollo personal, social e integral, y de conformidad con el artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador; y, artículo 1, 52.3 y 53 del Código de la Niñez y Adolescencia, en adelante será identificada con las iniciales de sus nombres y apellidos.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en virtud de lo previsto en los artículos 184.1 de la CRE y 186.1 del COFJ, es competente, entre otras atribuciones, para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal.

Con fundamento en estas normas y en virtud del sorteo de ley, correspondió el conocimiento de esta causa, signada en la Corte Nacional de Justicia con el número 17721-2014-2071, al Tribunal integrado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional; el doctor Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional²; y, Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional Ponente, quien actúa por ausencia definitiva del doctor Vicente Robalino Villafuerte, de conformidad con los artículos 174 y 201.1 del COFJ, 6 de la Resolución No. 02-2012 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 672, de 29 de marzo de 2012; y, oficio No. 463-SG-CNJ, de 8 de abril de 2016.

No se ha impugnado la competencia del Tribunal, ni la de quienes lo integramos. Al encontrarse la causa en estado de resolver, previamente para hacerlo se considera:

SEGUNDO.- Validez procesal

Los recursos de casación han sido tramitados conforme a las normas procesales previstas en los artículos 352 del Código de Procedimiento Penal -CPP-, vigente a la fecha de comisión de la infracción, y en aplicación de las garantías básicas que conforman el derecho al debido proceso, reconocidas en el artículo 76 de la CRE; por lo que, al no evidenciarse omisión de solemnidades sustanciales que vicien el procedimiento y que puedan incidir en el resultado final de esta causa, el proceso es válido y así se lo declara.

TERCERO.- Antecedentes

De la denuncia presentada por la madre de A.G.G.L., de 14 años de edad, se desprende que el 2 de septiembre de 2013, a las 12h15 aproximadamente, en la Clínica APROFE la madre de la adolescente se enteró que, en el domicilio de Carlos Camilo Cabrera Cevallos, ubicado en Villa Aurora, detrás de Atarazana, en la ciudad de Guayaquil, el antes referido ciudadano, mediante

² El doctor Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional, actúa en reemplazo de la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, de conformidad con el Oficio No. 690-SG-CNJ-GNC, de 23 de mayo de 2016, suscrito por el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

engaños y en reiteradas ocasiones, mantuvo relaciones sexuales con A.G.G.L..

Por el conocimiento de estos hechos, luego de la investigación pertinente, una vez que se realizó la sustanciación del correspondiente proceso penal y luego de aportada la prueba respectiva en la audiencia de juzgamiento, el Tercer Tribunal de lo Penal del Guayas, en decisión de mayoría de 1 de septiembre de 2014, las 15h30, declaró a Carlos Camilo Cabrera Cevallos, culpable en calidad de autor del delito de estupro, tipificado y sancionado en el artículo 508 y 509 del Código Penal –CP–, por lo que le impuso la pena privativa de la libertad de un año de prisión, por existir la agravante del artículo 30.1 *ibidem* y el pago de costas procesales, daños y perjuicios.

Frente a esta decisión, el procesado Carlos Camilo Cabrera Cevallos y la acusadora particular propusieron recursos de apelación. La Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en sentencia de 20 de noviembre de 2014, las 09h06, resolvió desechar los recursos de apelación, sin embargo reformó el quantum de la pena, en atención a que el Tribunal *a quo* no consideró las atenuantes del artículo 29.4 y 29.5 del CP, en consecuencia le impuso al procesado tres meses de privación de la libertad.

Inconforme con este pronunciamiento, la acusadora particular y el procesado interpusieron recursos de casación, los que son motivo del presente análisis. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en audiencia de 26 de mayo de 2016, las 08h30, declaró el abandono del recurso interpuesto por la acusadora particular Silvia Loza Ruiz, por no concurrir a la audiencia de fundamentación del recurso, pese a estar legalmente notificada.

CUARTO.- Argumentos y fundamentación del recurso de casación

4.1. Argumentos del acusado recurrente, a través de su defensa técnica

En la audiencia el recurrente, por medio de su abogado defensor, expresó los siguientes argumentos:

4.1.1. La Corte de Apelaciones no consideró que A.G.G.L. y Carlos Camilo Cabrera Cevallos eran pareja y nunca existió engaño ni seducción.

4.1.2. La supuesta víctima reconoció que amaba al ahora recurrente, por lo que, durante el proceso no se pudo demostrar el engaño, por ello considera que no hubo una valoración de la prueba conforme lo establece el artículo 349 del CPP.

4.1.3. Existe violación a la ley por parte del Tribunal de Alzada, en cuanto “se ha contravenido expresamente en la indebida aplicación y error en la interpretación de la prueba”[sic]

4.1.4. Finalmente, solicitó que se case la sentencia impugnada, por cuanto se considera que la sentencia cuestionada incurre en contravención expresa e indebida aplicación, ya que la CRE prevé el principio de presunción de inocencia.

4.2. Argumentos de la Fiscalía General del Estado, a través de su representante

La Fiscalía General del Estado, por medio de su delegada, doctora Paulina Garcés Cevallos, en contestación a la fundamentación del recurso de casación, manifestó lo siguiente:

4.2.1 No se determinó qué sentencia es la que se impugna.

4.2.2 La pretensión del recurrente es que se valore nuevamente la prueba.

4.2.3 Considera que el artículo pertinente para este caso es el artículo 512 del CP, ya que se trata de un caso de que una niña de menos de catorce años mantuvo relaciones con un señor de 27 años y no solamente mantuvieron relaciones sexuales vía vaginal sino también vía anal, por eso los juzgadores de instancia debieron haber calificado el hecho como violación.

4.2.4 La argumentación de la defensa del recurrente no cumple con lo establecido en el artículo 349 del CPP, en razón de que se sostuvo que existe violación en la sentencia porque se contrarió el texto legal, existe indebida aplicación y errónea interpretación, por lo que se debe aclarar que las causales del recurso de casación son excluyentes, más no concomitantes.

4.3. Réplica por parte del procesado

“Si consideramos al procesado como un cuerpo, incluye todos los documentos que obran dentro del proceso. Dentro del proceso está la prueba, que hizo conocer en la sentencia. Invoco el artículo 1 de la Constitución de la República, 75 de la tutela judicial efectiva, 82 de la seguridad jurídica, y fundamentalmente 169 de la Constitución. Tenemos una Constitución garantista de los derechos de las personas, vuelvo a insistir que en el supuesto caso que no se acepte el recurso de casación pido que se aplique el artículo 82 del Código Penal que se refiere a la condena condicional” [sic]

QUINTO.- Análisis del Tribunal de Casación

5.1. Naturaleza y fines del recurso de casación

5.1.1. El Estado ecuatoriano coloca a la persona en un lugar nuclear de la vida social, como titular de derechos y garantías. Al reconocer esa titularidad, especialmente sobre los derechos a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica, fortalece la configuración del sistema procesal como un medio para la realización de la justicia; y, al mismo tiempo, el acceso a ella a partir de principios constitucionales que garantizan la igualdad, la no discriminación, el estado de inocencia y el juicio previo.

En ese contexto, se instituye el debido proceso y, como uno de sus componentes, el derecho a recurrir de las decisiones judiciales. Precisamente, esa facultad, incluye la posibilidad de activar distintos mecanismos de impugnación, de carácter ordinario y extraordinario, a través de los cuales se busca evitar o enmendar el error judicial y resguardar la cohesión del ordenamiento jurídico.

Uno de los dispositivos de impugnación extraordinaria es la casación. Se trata de una alternativa jurídica que procede cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya sea por contravenir expresamente su texto, por indebida aplicación de su contenido o por interpretación errónea.

5.1.2. Su carácter de recurso extraordinario, entonces, se debe a que únicamente prospera ante la configuración de estrictos presupuestos establecidos por la ley, que pueden consistir en: por una parte, la infracción de la ley material o error *in iudicando* (juicio), en cuyo caso la casación cumple una función nomofiláctica y unificadora en la interpretación del ordenamiento jurídico; o, por otra parte, la transgresión de las normas y garantías procesales o error *in procedendo* (actividad), que generen una situación de indefensión, en cuyo escenario la casación actúa como un medio de control de la legalidad.

De ahí que se está frente a un recurso "(...) encaminado a enmendar las deficiencias que afectan al juicio de derecho contenido en la sentencia o resolución legalmente equiparable a ella, o a específicos requisitos procesales que condicionan la validez de esos actos decisorios".³ En consecuencia, la casación no ha sido diseñada para remediar o corregir cualquier situación de

³ Lino Enrique Palacio, *Los recursos en el proceso penal* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001), 80.

iniquidad o defecto procesal, sino con la finalidad de “procurar el imperio de la ley, la unificación de la jurisprudencia y la rectificación del agravio”.⁴

De esa forma, no cabe duda de que la casación es un recurso limitado, que solo permite el control *in iure*, esto es el estudio, análisis y resolución de cuestiones de estricto derecho, pues no procede frente a requerimientos de un nuevo análisis de los hechos, ni sobre pedidos de nueva valoración de la prueba; como sostiene Roxin, “la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y solo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al derecho material o formal”.⁵

5.1.3. Estos atributos confieren a la casación, según refiere el ex magistrado colombiano Humberto Fernández Vega, el carácter de un:

(...) juicio técnico de impugnación, valorativo y exacto, de formalidades rigurosas, que requiere una expresa formulación y fundamentación. Está destinado a examinar sentencias de segunda instancia para corregir vicios relativos al juzgamiento o al procedimiento.

Tales características distinguen a la demanda de casación de una simple alegación de instancia, determinan exigencias de orden legal y jurisprudencial de imperioso cumplimiento para la prosperidad de la impugnación. Este aspecto técnico le corresponde satisfacerlo el recurrente en el planteamiento y fundamentación del recurso, y a la Corte de Casación en su decisión reglada por los principios de taxatividad, limitación y prioridad.⁶

En la actualidad y en el escenario del Estado de derecho contemporáneo, marcado profundamente por el constitucionalismo, esto significa que la casación cumple un propósito vinculado, de manera directa, con el respeto de los derechos y garantías fundamentales.

En esa medida, su espectro de acción adquiere una mayor amplitud en los sistemas de administración de justicia penal, que, como en el caso del Ecuador, cumple sus fines a través del sistema acusatorio, ya que, en efecto, lo que legitima la interposición de una demanda de casación es la emisión de una sentencia penal de segunda instancia en la que se ha transgredido el principio de legalidad y, por tanto, se han vulnerado esos derechos o garantías.

⁴ Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo X (Guayaquil: Editorial Edino, 2007), 73.

⁵ Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*. Citado por Zavala, op. cit.

⁶ Humberto Fernández Vega, *El recurso extraordinario de casación penal* (Bogotá: Editorial Leyer, 2002), 34.

5.1.4. En esa línea de pensamiento, corresponde a este Tribunal de Casación analizar la sentencia recurrida, a efecto de determinar si se encuentra o no inmersa en alguno de los presupuestos establecidos en el artículo 349 del CPP, es decir, arribar a una conclusión sobre si, en la especie, se ha incurrido en una violación de la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o, bien, por errónea interpretación, lo que implica garantizar la legalidad y la seguridad jurídica.

Así entonces, este Tribunal, en ejercicio de sus competencias, se limitará a verificar si la sentencia materia de este recurso extraordinario contiene errores de juicio o de actividad, pero no valorará la prueba, ni revisará los hechos o actuaciones judiciales que constituyan parte de las instancias previas, en razón de no encontrarse facultado para ello, en atención a la finalidad específica de este medio impugnatorio, que es determinar si en la sentencia se han incurrido en errores *in iudicando*.

5.2. Sobre el abandono del recurso de casación interpuesto por la acusación particular

5.2.1. La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76.3 dispone que el juzgamiento se realizará con observancia del trámite propio de cada procedimiento, en la especie, para que el recurso de casación planteado por la acusadora particular obtenga decisión judicial debió ser fundamentado en audiencia.

5.2.2. El derecho a un recurso eficiente y expedito ha quedado a salvo, así como la tutela judicial.

5.2.3. Atento el contenido del acta de la audiencia que antecede, y al no haber concurrido la acusadora particular, recurrente, Silvia Loza Ruiz, ni su defensa técnica, quienes se encontraban debidamente notificados, en el día y hora señalados para la realización de la audiencia oral, reservada y de contradictorio, no ha sido posible, en cuanto a su pretensión impugnatoria, dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, sustituido por el artículo 109 de la Ley reformativa al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 555, de 24 de marzo del 2009.

5.2.4. La acusadora particular no ha ejercido su derecho a la defensa que consagra la Constitución de la República, así como ha impedido que este Tribunal pronuncie sentencia conforme lo prevé el artículo 358 del Código Procesal Penal.

5.2.5. El Principio de debida diligencia, está consagrado en los artículos 172 de la Constitución de la República del Ecuador, y 20 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, el artículo innumerado 326.1 del Código de Procedimiento Penal reformado, dispone: “...Art....- Abandono del recurso.- La falta de comparecencia de uno o más recurrentes a la audiencia de que trata el artículo 325, dará lugar a que se declare el abandono del recurso respecto de los ausentes”.

Por lo expuesto, con fundamento en las normas citadas, corresponde declarar el abandono del recurso interpuesto por Silvia Loza Ruiz.

5.3. Fundamentación del Tribunal de Casación sobre el recurso

5.3.1. El recurrente planteó el recurso de casación con fundamento en el artículo 349 del CPP, sintetizados sus argumentos en los siguientes cargos:

Contravención expresamente en la indebida aplicación y error en la interpretación de la prueba porque A.G.G.L y el ahora procesado eran enamorados y nunca hubo engaño ni seducción.

Este Tribunal de Casación considera imprescindible señalar que, con relación a los aspectos técnicos que supone la interposición de un recurso de casación, la actividad que desempeña el recurrente es esencial, pues, no basta con que el medio de impugnación se active dentro del plazo previsto por la ley y con la simple invocación del interesado, sobre la base de supuestas violaciones a la ley contenidas en una sentencia de segunda instancia. Más aún, la fundamentación es un acto trascendental porque:

(...) constituye el único medio y oportunidad de sustentación del recurso extraordinario. Mediante ella se adelanta el debate en derecho (*in iure*), sobre la discutida legalidad del fallo, sin que otorgue la ley nueva oportunidad para adicionarla o corregirla.

Mediante la demanda el recurrente, al formular los cargos, delimita el espacio de la Corte de Casación trazándole la materia de pronunciamiento; ésta sólo puede, en principio, considerar los cargos que se formule al amparo de cada causal y no podrá analizar causales distintas a las señaladas por el recurrente; es éste como demandante quien determina la amplitud de la demanda sin importar que la sentencia pueda ser casable por una causal no propuesta. Sin embargo, tratándose de nulidades, deberá la Corte declararlas de oficio. Así mismo podrá casar la sentencia cuando sea ostensible que atenta contra las garantías fundamentales (...).⁷

⁷ Op. cit., 37.

Tal es así que el cargo que refiere el casacionista, revela una falta de técnica en el manejo del recurso; debido a que no estableció de una manera precisa qué norma jurídica, qué artículo de la ley, ha sido violado como tampoco de qué forma, y cómo tal violación incidió en la decisión de la causa.

En síntesis, el argumento esgrimido por el abogado defensor del procesado-recurrente pone en relieve una falta de técnica en la fundamentación del recurso de casación, pues no adecua correctamente su alegato en ninguna de las tres causales establecidas en el artículo 349 del CPP, las que exigen el desarrollo de un razonamiento lógico, jurídico y técnico, ya que no es razonable que el deber de fundamentar el recurso de casación pretenda ser suplido en virtud de la simple inconformidad del recurrente con el fallo de segunda instancia; al contrario, la defensa del recurrente debió determinar la sentencia censurada y en qué parte de la resolución existe la violación a la norma; además, las razones para considerar tal violación, porque no se trata de un medio de impugnación cualquiera, sino de un recurso extraordinario de casación.

El recurrente planteó el recurso de casación con fundamento en el artículo 349 del CPP; sin embargo, en la audiencia, no cumplió su obligación de formular el recurso en debida forma, ya que, no determinó qué norma se infringió ni por qué se la considera vulnerada.

Adicionalmente, el procesado mencionó que existe contravención expresa en la indebida aplicación y error en la interpretación de la prueba, lo que denota que de una manera desordenada y confusa fundamentó su recurso, ya que realizó un embrollo de las causales de casación, cuando estos conceptos jurídicos son totalmente autónomos, excluyentes e independientes entre sí. Por lo que esta forma de fundamentar el recurso de casación lo vuelve improcedente.

5.3.2. Por otra parte, sobre las supuestas violaciones en que habría incurrido el Juzgador de Alzada. De los argumentos expuestos por el abogado defensor del recurrente, nos da a entender que, lo que pretende es, que se valore nuevamente la prueba, pues exige que se considere demostrada una relación sentimental entre la víctima y el victimario; pero tal pretensión, se encuentra vedada, porque la casación en materia penal no es un escenario en el cual se puede volver a valorar la prueba. De hecho, el CPP, en su artículo 349, inciso final, señala en forma expresa que: “No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba”; y, sobre el tema, existe amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional y Corte Nacional de Justicia.

Esta última, ha ratificado el criterio de que las pruebas no pueden ser objeto de valoración en la casación, pues, caso contrario, se estaría desconociendo el principio de independencia judicial.⁸ De igual forma, sobre esta prohibición la doctrina ofrece el siguiente punto de vista:

(...), la pregunta obligada es, ¿por qué consagrar el recurso de casación como medio de impugnación en el sistema acusatorio y no otro recurso, como pudiera ser el de apelación? La respuesta que se ha dado por un sector de la doctrina es que, por lo general, se ha considerado que *es el que mejor se adapta a las características del citado sistema acusatorio*.

Uno de los argumentos torales para sustentar la anterior afirmación se basó en que como el juicio es público, el método utilizado para transmitir los pensamientos es la oralidad, y los jueces tienen la obligación de presidir la audiencia personalmente sin que deleguen su autoridad, en la que estarán las partes intervinientes en el proceso; entonces, si otros jueces, aunque sean superiores, pero que no estuvieron presentes en el desarrollo de la audiencia de debate, analizan lo resuelto por los inferiores, en realidad se trataría de un nuevo juicio (...).⁹

Acerca de las pretensiones y argumentos a los que se hace alusión el recurrente, una vez que se ha examinado debidamente la sentencia, este Tribunal llega a la conclusión, de que, el Tribunal de Alzada, valoró correctamente las pruebas con relación a la existencia de la infracción y culpabilidad al estado que, la conducta del acusado se subsume precisamente en la hipótesis prevista por el artículo 509 del CP, descartándose, inclusive, el hecho que no hubo engaño y seducción, ya que conforme se determina de la sentencia atacada, el acusado ha actuado con voluntad y conciencia, resultando sus argumentos simples invocaciones, por lo que es pertinente atribuirle a éste, el más enérgico juicio de reproche.

En la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, al referirse a los presupuestos de la sentencia reclamados, se formula la reflexión que se transcribe a continuación:

"En la especie, la materialidad de la infracción está demostrada con el examen médico legal de carácter ginecológico y proctológico practicado en la víctima A.G.G.L. de 14 años de edad practicado por el Dr. Luis Ruiz Jama que en sus conclusiones dice que se observa en la horquilla vulvar posterior, laceraciones de uno por medio centímetro, himen don características anatómicas elásticas y los pliegues y mucosa anales borrados completamente y con tonalidad anal disminuida, lesiones ocasionadas por roce, fricción y penetración de un objeto vulnerante duro de forma antigua, el informe psicológico practica en la menor por la psicóloga clínica Verónica Zapata Villalta que en su parte medular indica

⁸ Corte Nacional de Justicia. Resolución No. 050-2013, pronunciada dentro del juicio No. 430-2012.

⁹ Miguel Ángel Rodríguez Vázquez, *La casación y el derecho de recurrir en el sistema acusatorio* (México D.F.: Instituto de Investigación Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México -UNAM-, 2013), 29 y 30.

que la menor le había referido la historia como se convirtió en enamorada del procesado Carlos Camilo Cabrera Cevallos, el tiempo que habían compartido hasta que tuvieron relaciones en tres ocasiones en casa del procesado Carlos Camilo Cabrera Cevallos en el mes de agosto del 2013, que cuando tenía trece años se habían besado pero solo salió con el dos veces, que nunca la forzó y que se habían cuidado las dos primeras veces menos la ultima, que cuando no se cuidaba lo hacía por atrás. Consta el además el reconocimiento del lugar de los hechos practicado por el cabo primero Ufredo Walter Gallegos, pericia realizada en la ciudadela Bella Aurora manzana c villa 13. En cuanto a la responsabilidad esta se encuentra demostrada con la entrevista en cámara de Gessel en la que la menor ratifica todo lo dicho a la psicóloga e detalla con detalles como sucedieron los hechos y como sus padres se dieron cuenta, detalla que ella en principia quiso proteger a Carlos Camilo diciendo que había sido con otro pero que después reconoció que se trataba de la mismo personó con la que había tenido relaciones, que estas fueron consentidas y nunca fue forzada a hacerlo, en la ampliación de su versión indica que todavía sigue amando a su victimario. Existe el nexo causal entre la infracción y su responsable, en la forma establecida por el artículo 88 del Código de Procedimiento Penal, ya que la prueba ha sido directa y contundente, por lo que la sala tiene la certeza de que el acusado CARLOS CAMILO CARRERA CEVALLOS es autor del abuso sexual de que ha sido víctima la adolescente GARCIA LOZA ANA GABRIELA, con empleo de seducción o engaño, sin que su responsabilidad quede enervada por el supuesto consentimiento de la menor, en razón de que de conformidad con lo establecido en el artículo 528.17 del Código Penal, en los delitos sexuales el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad, será irrelevante(...)" [sic]

De la lectura de este análisis, es evidente que la decisión *ad quem* es correcta, de tal manera, no existe infracción alguna en la que haya incurrido la Corte de Apelaciones en su sentencia. En consecuencia, el cargo relacionado con que el recurrente fue pareja de la víctima, que no existió engaño ni seducción y que por ello el Tribunal de Alzada incurrió en una errónea valoración de la prueba, no prosperan, pues, al buscar que este juzgador realice un pronunciamiento extralimitándose en el ejercicio de sus competencias, carecen de sustento jurídico.

5.3.3. En lo que se refiere al pedido realizado por el casacionista para que se aplique la suspensión condicional de la pena, este Tribunal de Casación considera, que el artículo 82 del CP, dispone:

"En los casos de condena por primera vez, si es causada por delito sancionado con una pena cuyo máximo no exceda de seis meses de prisión correccional o por un delito al que solo se aplique multa, los jueces podrán ordenar en la misma sentencia que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión se fundará en el criterio respecto de la personalidad integral del condenado, la naturaleza del delito y las circunstancias que lo han rodeado, en cuanto puedan servir para apreciar dicha personalidad. Los jueces requerirán las informaciones que crean pertinentes para formar criterio."

En el caso sub judice, el recurrente fue sentenciado por delito de estupro tipificado en el artículo 509 del CP y sancionado en el artículo 510 ibídem, disposición legal que de manera expresa manifiesta que la pena es de tres meses a tres años, en tal virtud tampoco es procedente la aplicación del artículo 82 del mismo cuerpo legal que hace referencia a la suspensión de la pena, cuya condición *sine qua non* es que la sanción máxima no exceda de seis meses de prisión correccional y en el caso concreto la pena máxima para este delito es de tres años de prisión.

SEXTO.- Resolución

Con fundamento en los antecedentes y considerandos, antes enunciados, tomando en cuenta que el recurrente no ha cumplido su obligación de fundamentar el recurso en los términos previstos en el artículo 349 del CPP, ni ha explicado satisfactoriamente de qué manera la sentencia impugnada ha violado la ley conforme a las causales que señala el artículo antes referido, y al no ser la mera inconformidad con la sentencia una de las causales para que prospere este recurso extraordinario, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, de conformidad con la disposición contenida en el artículo 358 del CPP, declara improcedente el recurso de casación presentado por el señor Carlos Camilo Cabrera Cevallos. Ejecutoriado el fallo se remitirá al tribunal de origen para su ejecución. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-** Dra. Gladys Terán Sierra **JUEZA NACIONAL** Dr. Edgar Flores Mier **JUEZ NACIONAL** Dr. Marco Maldonado Castro **CONJUEZ NACIONAL PONENTE** Certifico.- Dra. Ximena Quijano Salazar **SECRETARIA RELATORA.**”

CERTIFICO: Las seis (6) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito, 16 de enero del 2017


Dra. Ximena Quijano Salazar
SECRETARIA RELATORA

JUICIO No. 155-2015
RESOLUCION No. 1653-2016
RECURSO: CASACION
PROCESADO: ELVIA AGUAVIL CALAZACÓN
DELITO: HOMICIDIO
PROCESO 155-2015
PRINCIPIO DE INTERCULTURALIDAD
DELITO DE HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

CONJUEZ NACIONAL PONENTE: DR. RICHARD VILLAGÓMEZ CABEZAS.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.- Ciudad de San Francisco de Quito, 05 de septiembre del 2016, las 10h00

VISTOS: El día 17 de octubre del 2011, las 16h40 comparece José Oswaldo Aguavil Calazacón, a la Fiscalía de Santo Domingo, y presenta una denuncia en contra de María y Carmelina Aguavil Calazacón, manifestando que:

"el suscrito se encuentra casado con ELVIA AGUAVIL CALAZACÓN desde hace más de 30 años, atrás a la fecha, y en dicho sector habitan sus cuñadas: MARÍA y CARMELINA AGUAVIL CALAZACÓN, junto con sus convivientes y presuntos instigadores: FLORENCIO CAGUA y ENRIQUE CAICEDO, en su orden, quienes se han dedicado hacernos la vida imposible con una serie de agresiones físicas y verbales; por cuanto, en forma abusiva, violenta, grosera y déspota con una serie de atrocidades, por los bienes que dejara mi extinto suegro que en vida se llamó Franco Alberto Aguavil, en especial se aprovechan de la producción y arbitrariamente se apoderan de áreas de terreno ancestrales, sin consentimiento o acuerdo extrajudicial como manda el orden legal establecido; pero, hacen tabla rasa a la ley, motivo por el cual hemos acudido ante nuestros directivos comunales y Gobernador de la etnia; pero, tampoco han hecho nada, pese haberles advertido del peligro que representan las denunciadas". Indica adicionalmente en la denuncia, que "el día 10 de julio a eso de las 10h00 del 2011, en circunstancias en que mi esposa se dirigía ordenar la siembra de árboles forestales y cosecha de cacao y a tener un dialogo con el arrendatario de apellido Erasmo Andino , para terminar el arrendando de tierras, en esas circunstancias intempestivamente allanando el domicilio han llegado las denunciadas y sin darle motivo alguno de su parte de mi esposa se han desatado como unas fieras gritando a voz en cuello «ASÍ TE QUERIAMOS ENCONTRAR ,TU NO TIENES DERECHO EN ESTAS TIERRAS, PORQUE SON NUESTRAS, QUE ANDAS HACIENDO QUIEN TE DIO PERMISO Y ACTO CONTINUO LE HAN ARRASTRADO DE LOS CABELLOS POR EL SUELO, EN DONDE SALVAJEMENTE LA HAN AGREDIDO UN PALO EN EL VIENTRE Y EN LA ESPALDA, GRITANDO NO NOS IMPORTA MATARTE Y A CUALQUER PERSONA, PEOR A ESE HIJO DE UN INDIO NO VALE LA PENA Y QUE NO VA A VIVIR» y de tantos palazos, al verle inconsciente han salido del lugar ,mientras se recuperaba mi esposa se ha dado cuenta que le ha empezado a bajar el agua de fuente causándole fuertes dolores producto de la salvaje, cruel e inhumana

agresión física, provocando el crimen de cavar con la vida de mi hijo que pese haberse asistido en el control con médicos especialistas fue imposible evitar la vida de mi tierno ser, que las denunciadas cumplieron con su objetivo". (Sic).

Con fecha 23 de abril de 2014, las 14h32, el Juez de la Unidad Judicial Penal con Sede en el cantón Santo Domingo, Provincia de Santo Domingo de Los Tsáchilas, dicta auto de llamamiento a juicio en contra de Carmelina Aguavil Calazacón y María Aguavil Calazacón o Aguavil Calazacón María, pertenecientes a la nacionalidad Tsáchila, por considerarlas autoras del delito de homicidio preterintencional, tipificado y sancionado en la primera parte del artículo 455 del Código Penal, en agravio de José Oswaldo Aguavil Aguavil y de Elvia Aguavil Calazacón, (pertenecientes a la nacionalidad Tsáchila). Se ratifican las medidas cautelares dictadas en la audiencia oral de calificación de flagrancia, esto es las establecidas en el artículo 160. 4 y 10 del Código de Procedimiento Penal. Se ordena la prohibición de enajenar de los bienes inmuebles de las procesadas, a excepción de los bienes que se encuentren dentro del territorio de la Nacionalidad Tsáchila, por tratarse de bienes comunitarios. Se dispone que una vez ejecutoriado el auto se dé cumplimiento a lo que dispuesto el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, en su parte final; así como en atención al artículo 137 del Estatuto de la Nacionalidad Tsáchila, se proceda a notificar con el auto respectivo al señor Gobernador de la Nacionalidad Tsáchila.

El Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo de los Tsáchilas, el día 26 de septiembre de 2014, las 14:23, luego de realizada audiencia de juicio, en voto de mayoría¹ dicta sentencia en la que ratifica el estatus de inocencia de las señoras Carmelina Aguavil Calazacón y María Aguavil Calazacón, disponiéndose por tanto la cesación de las medidas cautelares dictadas en contra de éstas.

La Fiscalía General del Estado, al estar inconforme con esta decisión interpone recurso de apelación para ante la Corte Provincial de Justicia, conformándose órgano jurisdiccional de apelación, que en lo principal, luego de realizar audiencia oral, pública y de contradictoria, declara mediante voto de mayoría,² sin lugar este medio impugnatorio.

De esta sentencia, en ejercicio de su derecho a recurrir, Fiscalía General del Estado, presenta recurso de casación para ante esta Corte Nacional de Justicia.

1. COMPETENCIA Y VALIDEZ PROCESAL

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión penal, según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE)³; artículo 349 y siguientes del Código de Procedimiento Penal (CPP), vigente a la fecha del procesamiento; artículo 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) y Segunda Disposición Transitoria⁴, en concordancia

¹ Voto de mayoría de los doctores: Pavel Palacios y José Beltrán.

² Voto de mayoría de los doctores: Enrique Briones e Iván León.

³ Art. 184 COFJ.- Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes:

1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley...

⁴ Art. 186 COFJ.- Competencia de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.- La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito conocerá:

con la Ley reformativa al Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial nro. 38 de 17 de julio de 2013; y, las resoluciones números 1 y 2 de 2015, dictadas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia que disponen la conformación de las diferentes Salas de esta alta Corte. Por lo expuesto, integran Tribunal de Casación, los señores doctores: Richard Villagómez Cabezas, Conjuez Nacional Ponente,⁵ Miguel Jurado Fabara, y, Silvia Sánchez Insuasti, Jueces Nacionales, considerándose además que ninguna de las partes procesales ha cuestionado la integración de este órgano jurisdiccional pluripersonal, asegurándose de esta manera la garantía del juez imparcial declarada en los artículos: 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH), y, 76.7.k CRE.

Este recurso de casación ha sido tramitado conforme los artículos 352-354 CPP (vigente a la fecha del procesamiento), en concordancia con el artículo 76.3 CRE, sin que exista omisión sustancial que constituya error in procedendo que pueda influir en la decisión de la causa, por lo que se declara la validez de lo actuado con ocasión de este medio impugnatorio.

2. FUNDAMENTACIÓN Y DEBATE DEL RECURSO

El señor doctor Marco Navas Arboleda, delegado del señor Fiscal General del Estado, al fundamentar el recurso de casación, señala:

"Fiscalía interpone el recurso de casación, de conformidad con lo que prescribe el artículo 349 de Código de Procedimiento Penal y lo hace por contravención expresa de los artículos 24 y 344.a del Código Orgánico de la Función Judicial. Toda vez de que ha habido una contravención expresa de estos artículos, por el principio de interculturalidad, toda vez que la sentencia antes mencionada no contempla este principio. La sentencia fue dictada el 18 de diciembre de 2014 a las 14h51. También no contempla el artículo 1 de la Constitución del Ecuador, que también habla de la interculturalidad, es decir, se ha omitido prácticas ancestrales, y se está dejando en la impunidad un delito acaecido por la muerte de una criatura, toda vez que sufrió una golpiza y esto ha ocasionado que se pierda una vida. Por lo tanto, Fiscalía indica que no se debe dejar en la impunidad este delito, ya que se ha atentado contra la vida de una persona. En tal virtud, señor Juez ponente, señora Jueza Nacional, señor Juez Nacional, Fiscalía solicita comedidamente que se case la sentencia y que se dicte la misma que en derecho corresponde, y que no puede ser otro que se dicte una sentencia que no quede en la impunidad el delito que ha acaecido en esta persona.

El yerro que acusa está en el considerando quinto de la sentencia. Señala que en el caso concreto no se ha dispuesto pericia antropológica, pero Fiscalía entiende que se ha omitido, que hay contravención expresa de esto. (Sic)

1. Los recursos de casación y revisión en materia penal, incluida la penal tributaria y penal aduanera... (...)

⁵ Actúa por licencia concedida al señor doctor Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional, conforme el oficio nro. 1054-SG-CNJ-MBZ de 1 de agosto de 2016, suscrito por el señor doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

El abogado Jaime Martínez Cárdenas, defensor técnico de las ciudadanas María Aguavil Calazacón y Carmelina Aguavil Calazacón, en ejercicio del contradictorio expresa:

"Respecto a la intervención del recurrente, la Fiscalía, tengo que manifestar que el recurso de casación se interpuso exactamente por el principio de duda que existió en el fallo. Jamás se consideró el tema de interculturalidad y el hecho de que las señoras pertenecían a una etnia Tsáchila. Las sentencias dictadas por el Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo y por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Santo Domingo, son claras, precisas, motivadas y congruentes respecto de estos temas, en las que se ratificó la inocencia de mis defendidas. Es lo que tengo que manifestar". (Sic)

Luego interviene el doctor Paul Ludeña, defensor público, abogado de la acusación particular, quien manifiesta:

"Comparezco en calidad de defensor público de acuerdo al artículo 191 de nuestra Constitución, a nombre y representación de la acusador particular, señor José Oswaldo Aguavil Calazacón. La participación de la acusación particular, si bien es cierto que el recurso fue presentado extemporáneamente, no se aceptó a trámite, sin embargo, debo empezar mi intervención indicando que se trata de un acto en el cual se ha vulnerado el bien jurídico protegido de mayor relevancia que tiene nuestra Constitución como es el derecho a la vida de un menor que estaba por nacer. Por lo tanto, el pedido fundamental de la acusación particular, va encaminado a que se haga justicia en el presente caso, más aún cuando desde el Tribunal ha existido un voto salvado en el que se declara a las señoras Carmelina Aguavil Calazacón y María Aguavil Calazacón, como culpables de homicidio preterintencional, delito tipificado y sancionado en el artículo 455 del Código Penal. De igual manera, existe el voto salvado en la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia emitido por el doctor Marco Fabián Hinojosa Pasos, quien ha determinado que son autoras y responsables del artículo 455. No se ha sancionado este lamentable acto. Ni siquiera se ha sancionado las lesiones causadas en contra de la madre del menor, quien se encuentra hasta la presente fecha con una afectación psicológica al ser madre y padre del menor que lamentablemente apenas nació falleció, producto de que de las lesiones producidas por la parte de las hermanas de mi defendida, se perdió el líquido amniótico, siendo esto una base fundamental para el desarrollo del menor. Por lo tanto, solicitamos que si bien es cierto se trata de personas que integran la comunidad y nacionalidad indígena Tsáchila, debe existir el respeto, la forma de vida con respeto entre todos, más aun siendo hermanas de mi defendida. Por lo tanto, solicitamos que no se deje en la impunidad este lamentable hecho y se aplique el artículo 78 de la Constitución en favor de la acusación particular". (Sic)

En ejercicio del derecho a ser escuchadas por este órgano jurisdiccional, intervienen en su orden las señoras acusadas quienes se expresan en su lengua propia, habiéndose designado intérprete de Tsafiqui, para este fin.

Señora María Aguavil Calazacón:

"Es una mentira en cuanto se refiere, porque son hermanas. Su papá estaba enfermo durante siete años. Ella ya sabe el sufrimiento que ha tenido el papá. Se quedaron las hermanas y ella se comprometió con un señor mestizo como esposo. Ella está mintiendo, ella acusa por el interés del

terreno que ha dejado el papá. El día de julio sucedió este caso aproximadamente a las 09h30 de la mañana. Fue más abajo de la casa. Ella estuvo andando más abajo de donde su madre, amarrando un chanco que tiene en la casa. Estuvo un poco de rodillas amarrando el chanco y escucho la moto. La señora Elvia ha estado más abajito de la casa y ella no se ha dado cuenta. Ha estado parado más abajo donde ha estado ella, la señora, y ha venido a dar en arriendo el terreno. Ha venido a arrendar este terreno, por lo que el papá ha dejado bastantes tierras comunales. Ha estado la señora Elvia con su hijo Emiliano y una nuera. El señor mestizo arrendador, de apellido Andino Erasmo, y un hijo de este señor, Cristian, entre los dos. En total cinco. Ella se percató de que le insultó, "cara de perro, porque me estas siguiendo", a ella, la señora Elvia. Se puso a insultar en diferentes términos, aproximadamente a unos cincuenta metros. Luego regresó. La hermana Carmelina en su terreno había sembrado caña dulce. Ha estado cortando su hermana y su mamá. La mamá le pregunta a la señora María que quién le está gritando tanta bulla. Ella le dijo a su mamá que la señora Elvia le dijo cara de perro y le acusó de que le estaba persiguiendo, observando de lejos, pero ella dice que estaba amarrando su chanco. La mamá le dijo que "solo son tres meses de fallecido el papá, porqué está peleando" la señora Elvia. Dicen que la mamá se ha ido donde la señora Elvia a preguntar que porqué eran los insultos. Cuando se fue la mamá ella estaba en la finca más adentro, con el señor que le iba a arrendar el terreno, el señor Andino. La mamá le dijo "vamos a preguntar por qué se están insultando entre hermanas". Porqué le ha dicho cara de perro, porque yo soy madre para todas las hermanas. Mamá se fue adelante y ellas se fueron atrás de la mamá. La señora Elvia le ha dicho que no quiere verles ni un poco a las hermanas ni a la mamá, que porqué vienen, que no las quiere ver, qué vienen a hacer. La mamá le dijo que porque le estás insultando, que por eso venja a ver. No quiero que estén peleando entre hermanas, eso dijo la mamá. Estuvo parado el señor Andino. Vino la señora Elvia corriendo un poco y le empujó a Carmelina. Le dijo que "a usted no le quiero ver" y le empujó. La mamá le cogió a la señora Carmelina para que no se caiga, porque le estaba empujando. No dejó hablar la nuera de la señora Elvia, Luz María Calazacón, tenía un palo de aproximadamente 60 cm y un machete. Tuvo el palo y el machete con la mano fuertemente. No quiso hacer preguntas. A la mamá le insulto de que tenía siete cabezas. Cogió un tallo pequeño, le saco y le dijo que va a azotarle, diciendo que soy la hermana mayor. También a la mamá no le tenía, no le tenía miedo. Luego regresaron. En ningún momento no le ha pegado. Que tiene testigos, pero que han dicho falsedades. Ha dicho que le han agredido, con un palo de un metro, con ortiga. Con eso le acusan de que le ha golpeado. Si dice la verdad dice que lo demuestre o presente fotos. Que en Quito si es posible que lleve fotos para que demuestre lo que está acusando. Incluso hasta la mamá le acusa de que le ha pegado y está enferma ella. Ella conoce que está enferma la mamá. A ella le acusan de que le ha pegado y dicen que no le han agredido. Está mintiendo solo por la tierra y quiere posiblemente expulsarle de la comuna, quiere desalojar con la mamá y las hijas para quedarse con la posesión del terreno de la comuna. El esposo es el que está acusando y que está viviendo cerca. Antes no le acompañaba a ningún lado, nunca acompañó al papá enfermo al hospital. Después de fallecido el papá, persigue para encarcelarnos. Esto todo es mentira. Hay cuatro testigos pero que todos ellos están mintiendo. Yo estoy diciendo la verdad. Erasmo, el señor que ha estado ahí, es testigo. El señor que estaba en ese momento". (Sic)

Señora Carmelina Aguavil Calazacón:

"Va a decir la verdad, no puedo mentir. No hicimos nada, no hemos agredido, está mintiendo. Así fue la situación. Ha estado parado pasando la caña de azúcar. Escuché que gritó a la señora María, que le ha agredido

verbalmente a la hermana diciendo cara de perro, qué está haciendo en ese sector. Ella llegó a la casa comunicando. No fue solo en ese momento que vino a agredir verbalmente, sino que varias veces ha venido a la casa a agredir la señora Elvia, incluso el hijo y la nuera. Después del fallecimiento del papá, venía a agredirle verbalmente a la casa en forma consecutiva. María dice que le ha dicho la hermana que la otra hermana Elvia, le ha dicho el término anteriormente señalado, cara de perro. Las señoras se fueron. María y Carmelina, fueron a verle a la señora Elvia. Se fue a verla, acudió hasta el lugar, incluso ha manifestado que ha estado triste por el fallecimiento temprano del esposo. Se fue a los sembríos. Dice que estaban arrendando el terreno con el señor Andino. Cuando llegaron ellas, al momento que le vieron a ella, ella empezó a hablar como que no estuviera embarazada, gritaba, a ella le empujaba en el pecho, le empujó, le escupió y la mamá le sostuvo de la espalda para que no se caiga para atrás. El señor andino estuvo presente viendo lo que sucedía. De ahí ellas regresaron. La nuera no dejaba hablar. Y un niño Emiliano, la nuera, el hijo y la mamá, ellas empezaron a discutir. A la mamá no le dejaron hablar y se regresaron. A ella le querían agredir. A la mamá le dijo que porqué le traía a la hermana, porque tiene siete cabezas. Dice que es una mentira. Dice sobre Dios que no le agredieron, que no le pegaron, que no le tocaron el vientre. Por gusto acusa de que le ha agredido, le ha halado del pelo y toda la agresión. Tiene esposo hispano o mestizo la señora. Ella está acusando porque tiene esposo hispano. Quiere que le haga entender bien por lo que dice ella. Por lo que tengo marido hispano es que me está acusando así, por tierra. La intención es desalojarlo a la calle. Ella sabe por qué miente. Toda la familia sabe. Sobre Dios dice que está hablando". (Sic)

3. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

La casación es un medio impugnatorio extraordinario que se focaliza en la existencia de un error *in iudicando* que se genera por una de las causales del artículo 349 CPP. Supuestos que se refieren a la manera en la que el órgano jurisdiccional aplica el ordenamiento jurídico vigente para resolver el caso concreto, pudiendo errar en dos áreas de esta actividad. La primera de estas áreas es la subsunción, que consiste en la adaptación del relato fáctico obtenido de la valoración probatoria que ha efectuado el órgano jurisdiccional, al supuesto de hecho que requiere una norma jurídica para su aplicación. De lo cual, son dos los errores que pueden devenir de la subsunción: la falta de aplicación de una norma jurídica cuyo supuesto de hecho concuerda con la narración del contenido fáctico; y, la indebida aplicación de una norma de derecho cuyo supuesto de aplicación no se ha generado en el caso sometido al juzgamiento del tribunal de instancia.⁶ La segunda área del error *in iudicando*, tiene que ver con las consecuencias jurídicas que son previstas por la norma, en aquellos casos en los que efectivamente corresponde su aplicación. En esta área solo puede presentarse la errónea interpretación, y exige de parte de quien lo propone, la aceptación de que la norma utilizada para resolver es la correcta, ya que la impugnación que se hace sobre el fallo se dirige únicamente al sentido y alcance que el órgano jurisdiccional le ha dado a las consecuencias jurídicas que devienen de las normas utilizadas para resolver.

La casación es un instrumento protector de los derechos humanos y de las garantías constitucionales de los sujetos procesales, que procura alcanzar la

⁶ Irving Copi y Carl Cohen, *Introducción a la Lógica*, 1995, Limusa Noriega Editores, 2ª. Edición, México, pp. 615-619. Roberto Lara, *Argumentación Jurídica e Investigación en Derecho, en Observar la Ley. Ensayos sobre la Metodología de la Investigación Jurídica*, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, 2006, Editorial Trotta, España, p. 69

justicia y recuperar la paz social a través del ejercicio del derecho de impugnación, garantizado en el artículo 76.7.m CRE, en relación con el artículo 8.2.h CADH,⁷ norma que guarda concordancia con el artículo 14.5 PIDCP.⁸ A través de casación corresponde el examen de la sentencia recurrida, para determinar posibles violaciones a la ley, ya por contravención, indebida aplicación o errónea interpretación, conforme el artículo 349 CPP.⁹

La casación tiene función nomofiláctica para asegurar la aplicación uniforme del principio de legalidad (sustantiva-adjetiva), para evitar la disparidad o divergencia de criterios interpretativos entre los diversos órganos jurisdiccionales¹⁰, correspondiendo tal facultad a la Corte Nacional de Justicia (órgano jurisdiccional de cierre) en el que la defensa del derecho objetivo (ius constitutionis) tiene preferencia sobre la justicia del caso concreto (derecho subjetivo de las partes, ius litigatoris). Es por ello que cuando se casa una sentencia, su efecto rescisorio realiza el derecho subjetivo derivado del ius constitutionis (derecho objetivo), tal y como lo ha señalado la jurisprudencia de Corte Nacional de Justicia.¹¹

En la especie, la sentencia cuestionada es la dictada, por el Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas que, declara mediante voto de mayoría, sin lugar el recurso de apelación propuesto por Fiscalía General del Estado, confirmándose de este modo la sentencia dictada por el tribunal aquo en que se ratifica el estado de inocencia de las ciudadanas Carmelina Aguavil Calazacón y María Aguavil Calazacón.

La Fiscalía General del Estado acusa contravención expresa de los artículos 24 y 349 COFJ, señalando que el error in iudicando se encuentra en el numeral quinto de la sentencia del adquem en donde se deja de considerar "las practicas ancestrales y la interculturalidad". (Sic)

⁷ Art. 8.2.h CADH.-*Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

"...derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

⁸ Art. 14.1 PIDCP.- *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 lo prescrito por la ley.*

⁹ Por tanto, a través de este medio no se puede revalorar la prueba. Por ello los objetivos de la casación se contraen a tres:

- a) el imperio de la ley, es decir su aplicación correcta;
- b) la uniformidad de la jurisprudencia, para que los jueces den igual interpretación a igual ley y en iguales circunstancias; y,
- c) la rectificación del agravio inferido a una de las partes procesales.

¹⁰ Teresa Armenta, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Marcial Pons, 4ª. ed., Barcelona, 2009, p. 278

¹¹ Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Sentencia dictada en el proceso penal No. 884-2011 el 23 de julio de 2014

"... es un recurso extraordinario mediante el cual se pone en marcha un juicio técnico, limitado, de derecho, sobre sentencias que no han adquirido el carácter de firmes, ejecutoriadas, con el propósito de hacer efectivo a las partes procesales el derecho sustantivo y las garantías del debido proceso, unificar, como criterio auxiliar del derecho, la jurisprudencia nacional; y, reparar los agravios inferidos por las determinaciones del fallo impugnado; de allí que se señala que este recurso se trata de un juicio enmarcado en la dilogía de legalidad y necesidad."

El artículo 24 COFJ, dice:

"En toda actividad de la Función Judicial, las servidoras y servidores de justicia deberán considerar elementos de la diversidad cultural relacionados con las costumbres, prácticas, normas y procedimientos de las personas, grupos o colectividades que estén bajo su conocimiento. En estos casos la servidora y el servidor de justicia buscará el verdadero sentido de las normas aplicadas de conformidad a la cultura propia del participante".

En tanto que, el reproche sobre el artículo 349 ibídem, no es coherente si se considera que tal norma no existe, por lo que este Tribunal, deduce que a través de casación en este caso, se ataca el contenido del artículo 346 COFJ que declara la promoción de la justicia intercultural, y dice:

"El Consejo de la Judicatura determinará los recursos humanos, económicos y de cualquier naturaleza que sean necesarios para establecer mecanismos eficientes de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Especialmente, capacitará a las servidoras y servidores de la Función Judicial que deban realizar actuaciones en el ámbito de su competencia en territorios donde existe predominio de personas indígenas, con la finalidad de que conozcan la cultura, el idioma y las costumbres, prácticas ancestrales, normas y procedimientos del derecho propio o consuetudinario de los pueblos indígenas.

El Consejo de la Judicatura no ejercerá ningún tipo de atribución, gobierno o administración respecto de la jurisdicción indígena".

Para dar respuesta a este cuestionamiento vía casación, propuesto por Fiscalía General del Estado, se ha de partir de la definición del paradigma de Estado que rige en Ecuador, para lo cual se encuentra respuesta en el artículo 1 CRE que dice:

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. (...)

Luego sobre la administración de justicia, el artículo 177 declara que:

"La Función Judicial se compone de órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos. La ley determinará su estructura, funciones, atribuciones, competencias y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia".

En tanto que el artículo 171 ibídem manda que:

"Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria".

Norma que es concordante con el artículo 57 *ibídem*, numerales 1, 9, 10 que dicen:

Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos

1.- Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social. (...)

(...) 9.- Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.

10.- Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes. (...)

Así entonces, el Estado ecuatoriano es, en otras características, *intercultural, plurinacional*. Reconoce como órgano jurisdiccional a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que ejercen funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, en tanto no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

En la especie, no consta conflicto de competencia entre la autoridad del pueblo tsáchila al que pertenecen tanto las procesadas María Aguavil Calazacón y Carmelina Aguavil Calazacón, como la señora (pretensa ofendida) Elvia Aguavil Calazacón, quienes han reconocido ser hermanas y pertenecer todas a ellas al pueblo Tsáchila. Sin embargo, no se evidencia conflicto de competencia, tanto

más que Fiscalía general del estado en audiencia de casación reconoce que en el caso concreto no existe pericia antropológica.

Frente a un posible conflicto de competencia (que no existe) entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria opera el artículo 345 COFJ que dice:

"Los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido. A tal efecto se abrirá un término probatorio de tres días en el que se demostrará sumariamente la pertinencia de tal invocación, bajo juramento de la autoridad indígena de ser tal. Aceptada la alegación la jueza o el juez ordenará el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena".

En conclusión, en la especie no se suscitó conflicto de competencia entre la jurisdicción ordinaria e indígena, tal y como explica infra, a lo que se ha de sumar que tampoco la jurisdicción indígena no podía radicar competencia en tratándose de un presunto delito contra la vida, conforme así lo ha dejado sentada la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sobre este particular:

(...) "La Corte Constitucional advierte que siendo la inviolabilidad de la vida un derecho protegido por la Constitución, por los instrumentos internacionales de derechos humanos y los principios contenidos en los ius cogens, le corresponde al Estado garantizar este derecho en todas sus dimensiones y velar por que, ante cualquier amenaza o agravio, se juzgue y se sancione la conducta como tal, tomando en cuenta además los efectos traumáticos que este acto dañoso produce en la comunidad y en la sociedad.

Como consecuencia de esto, pese a que las autoridades indígenas gozan de autonomía jurisdiccional, esta se encuentra sometida a la Constitución y, por tanto, condicionadas a proteger los derechos de ella establecidos, en este caso, la inviolabilidad de la vida. Las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, al formar parte de la sociedad ecuatoriana, tiene también responsabilidad de precautelar el derecho consagrado en el artículo 66 numeral 1 de la Constitución y el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y, en consecuencia, deben garantizar que todo atentado contra ella sea juzgado de conformidad con la Constitución de la República, los convenios internacionales y la ley.

De esta manera las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, respetando el ordenamiento jurídico del Estado constitucional de derechos y justicia, están en la obligación de precautelar la vida de las personas en su dimensión subjetiva y objetiva, garantizando la no impunidad de los delitos en los casos de muerte, para lo cual frente a actos que afecten la inviolabilidad de la vida, les corresponde a sus miembros, y en particular a sus autoridades, colaborar con el Estado y sus instituciones en el proceso judicial de determinación de

responsabilidades y de sanción del delito, en el marco de los procesos objetivos de coordinación ordenados por la Constitución.

Por consiguiente, sin que pueda hablarse de interferencia ni de disminución del derecho de autonomía jurisdiccional de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en caso de que ocurra un delito contra la vida dentro de una comunidad o territorio nacional, que el mismo sea juzgado y sancionado de conformidad con las leyes propias del Derecho Penal Ordinario. De tal manera y en virtud del artículo 66 numeral 1 de la Constitución de la República, el conocimiento de todos los casos de muerte siempre le corresponderán al Estado, y en consecuencia, le compete a la justicia penal ordinaria indagar y realizar las investigaciones correspondientes, ya sea de oficio o a petición de parte, y juzgar y sancionar el hecho punible de conformidad con la Constitución, los instrumentos internacionales y las leyes de la materia, preocupándose de aplicar los debidos, oportunos y previos mecanismos de coordinación con las autoridades indígenas concernidas en el respectivo caso, a fin de determinar el o los responsables de los hechos atentatorios de la vida...¹² (sic)

Por las consideraciones que se dejan sentadas en las líneas que preceden, el recurso de casación fiscal, carece de sustancia, por lo que improcede.

4. RESOLUCIÓN

Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, por unanimidad, declara improcedente el recurso de casación formulado por Fiscalía General del Estado. Tampoco existe mérito para casar ex officio. Devuélvase el proceso al órgano jurisdiccional de origen, para los fines de ley. **NOTIFÍQUESE.-** f) Dr. Miguel Jurado Fabara, **JUEZ NACIONAL PONENTE** f) Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, **JUEZ NACIONAL;** f) Dr. Richard Villagómez Cabezas, **CONJUEZ NACIONAL.-** Certifico: f) Dra. Ximena Quijano Salazar, Secretaria Relatora.

CERTIFICO: Las seis (6) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito, 16 de enero del 2017


Dra. Ximena Quijano Salazar
SECRETARIA RELATORA