



REGISTRO OFICIAL[®]

ÓRGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

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

EDICIÓN JURÍDICA

Año I - Nº 162

**Quito, martes 12 de
diciembre 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

198 páginas

www.registroficial.gob.ec

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



**CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA**

SUMARIO:

**FUNCIÓN JUDICIAL Y
JUSTICIA INDÍGENA**

RESOLUCIONES:

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

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

**Recursos de casación en los juicios interpuestos
por las siguientes personas naturales y/o
jurídicas:**

**J1872-2015-R2092-2016, J1515-2015-R2093-2016,
J0597-2015-R2094-2016, J1631-2013-R2095-2016,
J1193-2015-R2097-2016, J775-2016-R2098-2016,
J883-2016-R2117-2016**

Págs.

Setena, Seguridad y
Planificación, Rectoría

OFICIO No. 2017-0041-CNJ-SPPMPPT-PS
Quito, 30 de mayo 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 de los meses de noviembre y diciembre 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:

1872-2015-GTS	2092
1515-2015-VRV	2093
0597-2015-SSI	2094
1631-2013-LEV	2095
1193-2015-SSI	2097
0775-2016-MJF	2098
0883-2016-MMC	2117

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
DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

JUICIO No. 1872-2015
RESOLUCION No. 2092-2016
RECURSO: CASACION
PROCESADO: Orlando Jesús Merchán Terán
DELITO: TENENCIA DROGAS

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

Juicio Nro. 1872-2015

Dr. Edgar Flores Mier, CONJUEZ NACIONAL PONENTE

Quito, 10 de noviembre del 2016, 10h30.-

Una vez agotado el trámite legal pertinente y por ser el estado de la causa el de dictar sentencia por escrito, para hacerlo, se considera:

1. ANTECEDENTES

1.1 Contenido de la sentencia impugnada con relación al objeto del proceso penal

El procesado Orlando Jesús Merchán Terán, interpuso recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Especializada de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, el 25 de junio de 2015, a las 14h30, que modifica el fallo emitido por el Tribunal Noveno de Garantías Penales de dicha provincia, el 23 de julio del 2014, a las 07h52, en cuya parte dispositiva inicialmente se lo declaró responsable penalmente, en calidad de autor del delito tipificado y sancionado en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (tenencia de drogas), imponiéndole la pena de doce años de reclusión mayor ordinaria y una multa de cien salarios mínimos vitales generales. La modificación constante en la resolución de segundo nivel, se basó en una atenuación de la pena "... en atención a las atenuantes 7 y 10 del art. 29 del Código Penal en relación con el art. 72 ibídem", quedando ella fijada en los "... nueve años y seis meses, de pena privativa de libertad...".

Como conclusión fáctica de los hechos litigiosos, quedó expresado lo siguiente en el fallo de segunda instancia:

(...) ha quedado demostrado que el acusado Orlando Jesús Merchán Terán, sin justificación jurídica de ninguna naturaleza [...] el jueves 15 de agosto del 2015, aproximadamente a las 06h30, en el inmueble ubicado en la Cdla. Los Esteros, Manzana 5ª, Solar 3, tenía en el interior de su domicilio el alcaloide [clorhidrato de cocaína]...

1.2 Sustanciación del recurso de casación

A la presente sentencia, que pone fin al recurso de casación interpuesto por el procesado, le anteceden los siguientes actos procesales, que denotan su validez:

- Providencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas (fs. 41 del expediente de apelación), en la que se admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por Orlando Jesús Merchán Terán
- Sorteo de la causa Nro. 1872-2015, efectuado por la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, mediante el que se radicó la competencia en el Tribunal de Casación integrado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional Ponente; y, los doctores Jorge Blum Carcelén y Vicente Robalino Villafuerte, Jueces Nacionales.
- Oficio Nro. 463-SG-CNJ, a través del cual se hace conocer que el doctor Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional, asumió el despacho del doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional, en razón de su sensible fallecimiento.
- Licencias concedidas a la doctora Gladys Terán Sierra y al doctor Marco Maldonado Castro, Jueza y Conjuez Nacionales, en cuyo reemplazo, respectivamente, les correspondió actuar en la sustanciación de este recurso, a los doctores Edgar Flores Mier y Roberto Guzmán Castañeda, Conjueces Nacionales.
- Audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, en la que fueron escuchados: el abogado Jaime Rivera Endara, defensor particular del procesado Orlando Jesús Merchán Terán; el doctor Gustavo Ludeña, defensor público de las procesadas no recurrentes Cruz María Vera Mora, Victoria del

Rocío Solís Vera y Rosa Angélica Merchán Terán; y, el doctor Marco Navas Arboleda, delegado del señor Fiscal General del Estado.

1.3 Cargos planteados en la fundamentación por el procesado Orlando Jesús Merchán Terán

Durante la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, el abogado Jaime Rivera Endara, defensor particular del procesado impugnante, esgrimió los siguientes cargos en contra de la sentencia impugnada:

- **Indebida aplicación del artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y contravención expresa del artículo 36 del Código Penal.** Manifestó el defensor que toda la familia del procesado fue engañada pues los verdaderos dueños de la sustancia estupefaciente que les fue encontrada, eran unos ciudadanos colombianos, quienes deberían responder penalmente, según lo estipulado en el artículo 36 de Código Penal.
- Sin mencionar causal de casación ni norma jurídica vulnerada, indicó el abogado del procesado que no se tomaron en cuenta las atenuantes presentes en la ley, teniendo en cuenta los antecedentes de su defendido.

Como consecuencia de su argumentación, el defensor del recurrente solicitó que sea enmendada su situación jurídica y le sea aplicada una sentencia en concreto, mucho más allá de la aplicación del principio de favorabilidad.

1.4 Contestación del recurso por parte de la Fiscalía General del Estado

Durante la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, el doctor Marco Navas Arboleda, delegado del señor Fiscal General del Estado, contestó de la siguiente forma a la argumentación efectuada por la defensa del procesado:

- Resultaba totalmente aplicable el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, porque se encontró una cantidad de doscientos cincuenta y tres mil gramos de clorhidrato de cocaína en la vivienda del procesado.

- Se aplicó el principio de favorabilidad, en tanto el procesado comprobó las atenuantes constantes en el artículo 29, numerales 7 y 10 del Código Penal, rebajándosele la pena privativa de libertad de doce años por una de nueve años.
- No procedía la aplicación del artículo 36 de Código Penal, porque nunca se comprobó la existencia de los ciudadanos colombianos que supuestamente eran dueños de la droga.

En consecuencia, el delegado del señor Fiscal General del Estado solicitó que se deseche el recurso de casación presentado por el procesado Orlando Merchán Terán.

1.5 Intervención de las procesadas no recurrentes Cruz María Vera Mora, Victoria del Rocío Solís Vera y Rosa Angélica Merchán Terán

Durante la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, el doctor Gustavo Ludeña, defensor público de las procesadas no recurrentes, manifestó que no se afectaron los intereses de sus defendidas en la mentada diligencia, por lo que se debería mantener el doble conforme de inocencia que se tiene a su favor.

2. ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES A SER EXAMINADOS POR EL TRIBUNAL DE CASACIÓN

2.1 Competencia

Este órgano jurisdiccional, es competente para conocer de la presente causa, en virtud de lo establecido en los artículos 184.1 de la Constitución de la República; 160.1 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 30.1 y 349 del Código de Procedimiento Penal.

Efectuado el sorteo de ley, además de los actos procesales que constan descritos en el numeral 1.2 *supra*, este Tribunal de Casación ha quedado integrado por el doctor Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional Ponente; y, los doctores Jorge Blum Carcelén y Roberto Guzmán Castañeda, Juez y Conjuez Nacionales.

2.2 Análisis de los cargos propuestos por el procesado Orlando Merchán Terán

2.2.1 Indebida aplicación del artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y contravención expresa del artículo 36 del Código Penal

El recurrente fundamenta este primer cargo, en la afirmación de que la droga que se encontró en su domicilio le pertenecía a varios sujetos de nacionalidad colombiana, que lo habían engañado para que la tenga en dicho lugar.

Respecto a este cargo, el Tribunal de Casación debe recordar que en virtud de la prohibición establecida en el segundo inciso, del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, “... *la base fáctica de la que parte [...] para resolver [los cargos de los recurrentes], es la obtenida de las conclusiones a las que ha llegado el juzgador de segundo nivel, tras valorar la prueba aportada por los litigantes...*”¹; por lo tanto, para determinar si ha existido una contravención expresa del artículo 36 del Código Penal, corresponde comprobar si, en la sentencia impugnada, se llegó a tener por cierto que sujetos de nacionalidad colombiana engañaron al procesado para tener la droga en su domicilio.

Una vez analizada la sentencia impugnada, deviene de su considerando sexto, literal f), la siguiente conclusión fáctica relativa al pedido del recurrente que ahora se trata: “(...)Respecto a la eximente de responsabilidad por fuerza mayor alegada por el procesado, al existir presuntas amenazas del propietario de los cartones que contenían droga, esta sala no encuentra prueba, debidamente actuada en juicio que soporte tal alegación (...)”; por tanto, le resulta imposible la aplicación del artículo 36 del Código Penal, al no contar con elementos fácticos que se adapten a su contenido, tornando improcedente al cargo del procesado.

2.2.2 Concesión de atenuantes

Con relación a su segundo cargo, el recurrente indica que no se tomó en cuenta sus antecedentes para la concesión de atenuantes; sin embargo, del considerando sexto, literal d) del fallo impugnado, se desprende que “[e]l tribunal [de apelación] encontró la atenuante del art. 29 numeral 7 [...] del Código Penal, que precisamente se refiere a la “[c]onducta anterior del delincuente que revele claramente no tratarse de un individuo peligroso”, valiéndose de ella para atenuar la pena de Orlando Merchán Terán, por lo que este Tribunal de Casación encuentra sin fundamento la alegación del impugnante, declarándola, por ello, improcedente.”

¹ CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Sentencia que pone fin al recurso de casación signado con el Nro. 1823-2013. *LMQP Vs. Acurio*.

2.3 Casación de oficio

Pese a la falta de fundamentación idónea por parte del recurrente, este órgano jurisdiccional se ha percatado de la existencia de un error de derecho en la sentencia impugnada, por lo que, valiéndose de las potestades que le confiere el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, en las siguientes líneas lo enmendará de manera oficiosa.

En cuanto al mentado yerro, se ha presentado al momento en que el juzgador de segundo nivel cuantifica la rebaja de pena, devenida de la justificación de atenuantes por parte del procesado, ya que al hacerlo, si bien le reconoce aquellas circunstancias que se describen en el artículo 29, numerales 7 y 10, del Código Penal, aplica la atenuación prevista en el antedicho cuerpo de normas, irrespetando con ello lo ya manifestado por este órgano jurisdiccional en sentencias previas, en el sentido de que: “... al tenor del artículo 5.2 del COIP, que concuerda con el artículo 76.5 de la Constitución de la República, la legislación a aplicarse debe ser la menos rigurosa [énfasis fuera del texto]”²; lo que en este caso, se traduce en la aplicación simultánea de las precitadas circunstancias atenuantes, con la rebaja de sanción prevista en el artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal.

Habiéndose determinado, con lo analizado *supra*, que la sentencia impugnada contiene errores, por la indebida aplicación del artículo 72 del Código Penal y la contravención expresa del artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal, a este Tribunal de Casación le corresponde determinar los lineamientos para cuantificar, en forma correcta, la pena a imponérsele al procesado:

- Según el principio de favorabilidad, “... si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el condenado se beneficiará de ello”³, por lo que en este caso, corresponde la adecuación de la conducta del procesado al artículo 220.1.d) del Código Orgánico Integral Penal, que prevé una pena de diez a trece años para la tenencia de

² CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Sentencia que pone fin al recurso de casación signado con el Nro. 1786-2014. *Estado Ecuatoriano Vs. Fuertes Arciniega*. (tenencia de estupefacientes).

³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. *Caso Argüelles y otros Vs. Argentina*. Párr. 207.

sustancias estupefacientes, en gran escala⁴, más benigna que la sanción de doce a dieciséis años que antes preveía el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

- Las circunstancias atenuantes a aplicarse, según los hechos probados que constan en la sentencia impugnada y la regla de la “legislación menos rigurosa”, son las constantes en el artículo 29, numerales 7 y 10, del Código Penal.
- El monto de atenuación que corresponde utilizar, según la precitada regla, es el contenido en el artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal, que manifiesta que comprobadas dos circunstancias atenuantes y ninguna agravante genérica, “... se impondrán el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio...”; lo que para el caso concreto, implica la reducción de un tercio de los diez años previstos como pena mínima en el artículo 220.1.d) *ejusdem*.

Según los lineamientos que anteceden, la pena concreta que le corresponde cumplir al procesado es de seis años y ocho meses de privación de la libertad, por lo que así se hará constar en la parte resolutive de este fallo.

3. RESOLUCIÓN

En atención al desarrollo jurídico efectuado en líneas anteriores, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, al tenor del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal: **a)** Declara improcedente el recurso de casación interpuesto por Orlando Jesús Merchán Terán; y, **b)** Casa de oficio la sentencia dictada por la Sala Especializada de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, el 25 de junio del 2015, a las 14h30, con la finalidad

⁴ En este caso, la adecuación de la conducta del procesado a la tenencia de drogas en gran escala, se debe a que la sustancia específica que se encontró en su vivienda, fue clorhidrato de cocaína, en la cantidad de doscientos cincuenta y tres mil trescientos gramos, lo que concuerda con la tabla de escalas contenida en la Resolución Nro. 002-CONSEP-CD-2015, publicada en el Registro Oficial Nro. 628, de 16 de noviembre de 2015, que considera como gran escala, en el caso de cocaína, toda cantidad superior a cinco mil gramos.

de corregir los errores de derecho que se han cometido en ella, por la indebida aplicación del artículo 72 del Código Penal y la contravención expresa del artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal, los que una vez enmendados, obligan a la fijación de una pena privativa de la libertad atenuada para el procesado, de seis años y ocho meses y multa de cien salarios mínimos vitales generales. Una vez ejecutoriado este fallo, devuélvase el expediente al órgano jurisdiccional de origen **Notifíquese y Cúmplase.** f) Dr. Edgar Flores Mier, **CONJUEZ NACIONAL PONENTE** f) Dr. Roberto Guzmán Castañeda, **CONJUEZ NACIONAL.**- La sentencia que antecede no es suscrita por el Dr. Jorge Blum Carcelén, debido a que al referido señor juez le fue concedida licencia. Certifico: f) Dra. Ximena Quijano Salazar, Secretaria Relatora.

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

Quito, 25 de abril del 2017


Dr. Carlos Rodríguez García
SECRETARIO RELATOR



JUICIO No. 1515-2015
RESOLUCION No. 2093-2016
RECURSO: CASACION
PROCESADO: Brandon Daniel Morales Meneses
DELITO: ROBO

CONJUEZ PONENTE: DR. MARCO MALDONADO CASTRO

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

Quito, 08 de noviembre del 2016, las 11h00

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 Registro Oficial Suplemento 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 mismo 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 designó a las conjuetas y conjuetes 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 el artículo 186 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 17721-2015-1515, al Tribunal integrado por la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional; la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional; y, el doctor Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional ponente, 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.

Atento el estado de la causa, se considera:

SEGUNDO.- Validez procesal

Por la fecha que inició el proceso, corresponde aplicar el régimen legal vigente a tal tiempo, esto es el Código Orgánico Integral Penal—COIP—, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014; 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 656 y 657 del COIP. 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 recurso es válido y así se lo declara.

TERCERO.- Antecedentes

3.1. Los hechos materia del proceso

En la tarde del 23 de enero del 2015, al sur de la ciudad de Quito, en el domicilio de la familia Parra Jaramillo, ingresaron tres personas con armas de fuego y amenazaron a quienes se encontraban dentro del lugar, les obligaron a entregar un arma de fuego, registraron la casa sustrayendo joyas y dinero; e, hirieron de muerte a Segundo Parra. Entre las personas que ingresaron a dicho domicilio se encontraba el señor Bryan Rolando Minda Chuquizan, que, al ser detenido, delató a los participantes del delito, e identificó a Katy Mariluz País Arroyo, Katherine Elizabeth Vásquez Barre y Brandon Daniel Morales Meneses quienes, habían planificado el delito.

3.2. Antecedentes procesales

Después de la investigación de los hechos y la sustanciación del procedimiento correspondiente, el 30 de julio del 2015, las 12h52, el Sexto Tribunal de Garantías Penales de Pichincha declaró a Brayan Rolando Minda Chuquizan, autor directo del delito de robo con resultado de muerte tipificado y sancionado en el artículo 189, inciso sexto, del COIP, por lo que le impuso la pena privativa de libertad de treinta y cuatro años ocho meses y multa de veinte salarios básicos unificados del trabajador en general; a Katy Mariluz País Arroyo, autora mediata, del mismo delito, imponiéndole la pena privativa de libertad de treinta y cuatro años ocho meses y multa de veinte salarios básicos unificados del trabajador en general; a Brandon Daniel Morales Meneses y Katherine Elizabeth Vásquez Barre, los declaró cómplices del delito antes indicado y les impuso la pena privativa de libertad de once años seis meses y multa de veinte salarios básicos unificados del trabajador en general. Fallo del cual los procesados interpusieron el recurso de apelación.

El 30 de septiembre de 2015, las 12h15, la Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha, rechazó los recursos de apelación interpuestos por los procesados y confirmó en todas sus partes la sentencia subida en grado. Frente a este fallo, Brandon Daniel Morales Meneses interpuso recurso de casación.

3.3. Decisión de admisibilidad del recurso

El Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en auto de 20 de mayo de 2016, las 09h00, admitió a trámite el recurso de casación propuesto por Brandon Daniel Morales Meneses, por el siguiente cargo:

“Indebida aplicación del inciso sexto, del artículo 189 del COIP, en concordancia con lo previsto en el inciso primero y final del artículo 43.”

CUARTO.- Argumentos y fundamentación del recurso

4.1. Fundamentación del recurso de casación.- Brandon Daniel Morales Meneses, a través de su abogado defensor, doctor Diego Ávila Silva, en lo principal, manifestó:

4.1.1. En la sentencia de la Corte de Apelaciones se perpetra “un error de selección, en virtud de que existe una indebida aplicación de la ley relativa al artículo 189 inciso sexto, en concordancia con el artículo 43, inciso primero. Ya que el señor Brandon Daniel Morales Meneses fue sentenciado como cómplice de un delito de robo con resultado de muerte, cuando lo correcto es que debe ser sentenciado bajo un delito de robo agravado en calidad de cómplice conforme lo determina el artículo 189, inciso primero, en concordancia con el artículo 43, inciso tercero del Código Orgánico Integral Penal, con las agravantes del artículo 47 numeral 5 y 11, [...]” [Sic]

4.1.2. El testimonio de uno de los coprocesados dejó claro, desde el primer momento, como fueron los hechos, el cual se evidencia que, él solo aceptó participar en el delito de robo.

4.1.3. La Corte de Apelación aplicó una norma cuyo supuesto de hecho no es el adecuado por la narración fáctica; pues, Brandon Daniel Morales Meneses nunca se encontró en la escena de los hechos, jamás pudo dominar el curso causal.

4.2 Contestación del Recurso.-

4.2.1. La Fiscalía General del Estado, a través de su delegado, el doctor José García Falconí, en lo sustancial, contestó:

4.2.2. Existen dos sentencias, tanto del Sexto Tribunal de Garantías Penales de

Pichincha como de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia, que señalan que existe con certeza el delito tipificado y sancionado en el inciso sexto, del artículo 189 del COIP, y la responsabilidad del recurrente como cómplice de este delito.

4.2.3. Se interpuso recurso de casación por indebida aplicación del artículo 189, inciso sexto, y en este caso hubo un robo con producto de muerte, la víctima Segundo Parra de 67 años de edad que falleció, por lo que no se ha incurrido en una indebida aplicación.

4.3. Réplica del doctor Diego Ávila Silva, defensor del recurrente, quien expreso:

“Nuestra pretensión no es que se valore prueba, la prueba ya está dada, esa no se toca, únicamente he hecho referencia porque de los hechos que se encuentran hay un error de selección de la norma. Existe el artículo 43, numeral tres del Código Orgánico Integral Penal.”

4.4. Intervención por parte del doctor Pablo Corrales, defensor público, por los derechos de los procesados no recurrentes:

“Mi intervención es en representación de los señores Katy Mariluz País Arroyo, Bryan Rolando Minda Chuquizan y Katherine Elizabeth Vásquez Barre. En calidad de Defensor Público, intervengo en esta audiencia en representación de los derechos de los mencionados, sin embargo, tomando en cuenta que la intervención de mi compañero de la Defensoría Pública no se ha referido en relación a mis defendidos, no tengo ninguna alegación que realizar, al igual que el señor representante del señor Fiscal General.”

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 Zabala 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 la ley 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 en alguno de los presupuestos establecidos en el artículo 656 del COIP, 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,

³ Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*. Citado por Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de Derecho Penal op. Cit.*

⁴ Humberto Fernández Vega, *El recurso extraordinario de casación penal* (Bogotá: Editorial Leyer, 2002), 34.

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.

5.2. Sobre la materia del recurso de casación

Del análisis de los argumentos enunciados por el procesado en la audiencia de fundamentación del recurso de casación, el Tribunal considera que sustentó su pretensión impugnatoria en el siguiente cargo:

- a) Violación de la norma prevista en el artículo 189 inciso 6, en concordancia con el artículo 43 inciso primero del COIP; pues, la sentencia contraviene al texto de la ley por una indebida aplicación de la misma.

Previo a responder el reproche esgrimido por la defensa técnicas del recurrente, el Tribunal debe establecer los requisitos mínimos que exige la técnica y naturaleza del medio de impugnación que nos ocupa, para que un cargo de casación pueda ser considerado como tal.

5.2.1. Los cargos de casación

El COIP, establece:

“Art. 656.- Procedencia.- El recurso de casación es de competencia de la Corte Nacional de Justicia y procederá contra las sentencias, cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente. No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba.”

El recurso de casación es medio de impugnación de las sentencias de apelación, conforme el contenido normativo del COIP, 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 arriba citado; y, además, el perjuicio que se le ha irrogado a un derecho.

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 ley⁶.

Siguiendo este razonamiento, las causales de casación del artículo 656 del COIP, están previstas para revisar las violaciones a la ley, por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. La revisión del relato fáctico fijado por la Corte de Apelaciones, está prohibida en casación expresamente por el último inciso del artículo 656 ibídem.

De manera general, se considera violación a la ley por contravención expresa a su texto, el yerro del juzgador en cuanto al contenido de la norma en el proceso de entendimiento y comprensión de las disposiciones legales aplicables a la situación jurídica, arribando en forma desacertada a la escogencia de la disposición calificatoria. En otras palabras, 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 indebida aplicación, por lo general, conlleva a la falta de aplicación de otras normas relacionadas, jurídicamente, con la norma que debía aplicarse correctamente.

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.

El régimen procesal penal prohíbe en casación, el análisis de la valoración probatoria o el contenido de la prueba; por lo tanto, este Tribunal no tiene facultad para reformular los hechos fijados, ni para emitir juicios de valor sobre los elementos probatorios.

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 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; 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, éstas 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 piensa acertado, y la influencia de tal error de derecho en la decisión de la causa.

Sin un argumento jurídico 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 el procesado recurrente.

5.2.2. Violación del inciso sexto, del artículo 189 del COIP, en concordancia con el artículo 43, inciso primero, del mismo cuerpo legal.

La pretensión de la defensa técnica del recurrente es convencer a este Tribunal que, Brandon Daniel Morales Meneses, participó en un delito menor, con relación

al que se le punió, adecuando su conducta al delito de robo agravado en calidad de cómplice; consecuentemente modificar la pena.

El mismo reclamo fue formulado ante la Corte de Apelaciones, que respondió.

“El abogado de la persona procesada Brandon Morales alega participación en un delito menor -robo- y temor invencible, se niega dichas afirmaciones porque la prueba presentada por la Fiscalía General representada por la doctora Silvana Garrido ante el Sexto Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, se desprende que realizó actos idóneos, porte de arma de fuego, que en forma dolosa indujo a engaño a los miembros policiales de la UPC del Girón, que estaba a tres cuadras de la casa de Segundo Sierra (occiso), afirmando que estaba siendo víctima de robo, en relación a que actúo por temor invencible, este aserto no ha sido justificado con prueba alguna. Configuradas así todas las categorías dogmáticas, se declara probada la existencia del delito, siendo procedente entrar a analizar la autoría y participación de los sentenciados, conforme lo dispuesto en el Art. 622.5 del Código Orgánico Integral Penal. En el caso, resulta claro que Bryan Rolando Minda Chuquizán, es autor directo, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 42.1.a) del COIP, Katy Mariluz País Arroyo, es autora mediata de conformidad a lo dispuesto en el Art. 42.2.a) del COIP, Brandon Daniel Morales Meneses y Katherine Elizabeth Vásquez Barre, son cómplices de conformidad a lo dispuesto en el Art. 43 del COIP, por que los dos primeros tuvieron el dominio fáctico del resultado típico, su voluntad de realización fue dirigida, planificada para alcanzar el fin propuesto, manteniendo bajo su control el curso causal del acto que ha ocasionado la vulneración de las barreras de los bienes jurídicos tutelados, la propiedad y la vida, realizando actos principales, directos inmediatos como: sustraerse fraudulentamente una cosa ajena con el ánimo de apropiarse mediante violencias o amenazas contra las personas o fuerza en las cosas, causando la muerte de la víctima, Señor Segundo Parra Veloz, requisitos para determinar la autoría y participación, y los dos últimos facilitaron en forma dolosa, con actos secundarios, anteriores y simultáneos a la ejecución del delito de robo con muerte, enmarcadas en el delito contenido en el artículo 189 inciso sexto del Código Orgánico Integral Penal. Por lo anotado, las alegaciones expuestas por los recurrentes dentro de su recurso de apelación no han logrado ser justificadas, limitándose a constituirse en meras enunciaciones, ya que por la abundante prueba practicada por Fiscalía y analizada en líneas anteriores, se han demostrado plenamente la responsabilidad de los recurrentes en el grado de autores y cómplices, en el injusto penal materia de esta causa” [Sic]

De lo expuesto, este Tribunal de Casación concierta con el fallo emitido por la Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha; pues, analizó, bajo parámetros legales y constitucionales, el bien jurídico protegido que es la propiedad y la vida, los

acervos probatorios, la conducta de los procesados, que se adecuó a la infracción tipificada y sancionada en el artículo 189 inciso sexto del COIP, el grado de responsabilidad de cada uno de ellos; por lo que concluyó declarando a Brandon Daniel Morales Meneses, cómplice del delito de robo con resultado de muerte, y le impuso la pena privativa de libertad de once años seis meses, y; multa de veinte salarios básicos unificados del trabajador en general.

El recurrente, ante los cargos invocados pretende que, este juzgador desarrolle un nuevo análisis de los hechos y valoración de prueba, al expresar que, en la sentencia impugnada, se aplicó una norma cuyo supuesto del hecho no es el adecuado por la narración fáctica, pues sostiene que su defendido no se encontró en la escena de los hechos; y que los testimonios revelan cómo ocurrieron los mismos; lo manifestado constituye una trasgresión directa a la prohibición contenida en el último inciso del artículo 656 del COIP, pues tales reproches exigen del Tribunal la emisión de un juicio de valor que corresponde a los juzgadores competentes en la etapa de juicio o apelación, en el ejercicio del contradictorio, y en respecto del principio de mediación, limitación propia del recurso de casación.

Asimismo, la defensa técnica del procesado Brandon Daniel Morales Meneses, en lo sustancial afirmó que, en la sentencia reprochada, existe violación a la ley, por indebida aplicación del artículo 189, inciso sexto, en concordancia con el artículo 43, inciso primero, del COIP; pues, aseveró que, su defendido fue sentenciado como cómplice de un delito de robo con resultado de muerte, cuando lo correcto es sentenciarlo bajo un delito de robo agravado en calidad de cómplice; en cuanto a lo manifestado se deviene que, el recurrente aceptó que la conducta de su defendido se adecuó al delito de robo, pero omite el resultado del mismo que es la muerte de la víctima; en la especie la acción de los acusados a más de rebasar el riesgo prohibido en la norma, lesiona los bienes jurídicos protegidos, la propiedad y la vida. Para este Tribunal es trascendental mencionar que, “en la doctrina ecuatoriana se tiene al doctor Jorge Zabala Baquerizo, quien establece que, cuando dos personas o más toman parte de un hecho de robo quienes participan en esta infracción responden por el resultado, aún que no haya tomado parte en la violencia todos, violencia que en este caso, da como resultado la muerte de una

persona”.⁵

Para este Tribunal es prescindible recordar que, la vida es el primer derecho fundamental del ser humano, su respeto es la máxima expresión de civilización, de democracia, de convivencia ajustada a la consideración que los seres humanos nos merecemos y nos debemos recíprocamente. El derecho a la vida constituye uno de los derechos básicos del hombre, reconociendo por los ordenamientos jurídicos tanto nacional como a nivel internacional, no siendo la excepción el ordenamiento ecuatoriano que reconoce al derecho a la vida como un derecho esencial de la persona en tal sentido es objeto de protección jurídica; por tanto, quien atenta contra la vida de otro ser humano de forma directa o indirecta, comete un acto, que al constar en el canon de delito, es típico, y, es innegable que este rompe a la ley del Estado, siendo así antijurídico. La CRE reconoce y garantiza la inviolabilidad de la vida, la integridad personal, la igualdad formal, la libertad, entre otros, establecidos en los artículos 66,1.3,4; y 29.a.b.c.d.

Por lo expuesto, este Tribunal estima que, no se puede dejar en la impunidad estos hechos, porque crearía inseguridad jurídica y destruiría la paz social. El artículo 11 de la CRE establece que todos los derechos y principios son inalienables, interdependientes y de igual jerarquía, no podemos negar el valor primigenio de la vida, bien jurídico que fue atacado y destruido.

SEXTO.- Resolución

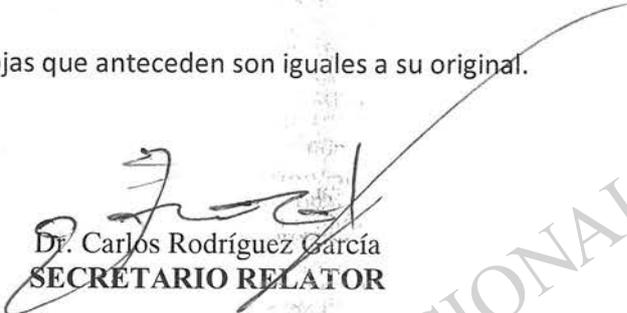
Con fundamento en los antecedentes y considerandos, antes enunciados, tomando en cuenta que el recurrente no ha cumplido su obligación de fundamentar el recurso en los términos previstos en el artículo 656 del COIP, ni ha explicado satisfactoriamente de qué manera la sentencia impugnada ha violado la 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

⁵ Corte Nacional de Justicia del Ecuador Juicio Penal No. 693-2011-WM. Resolución 1354-2012-Sala Penal.

LEYES DE LA REPÚBLICA”, de conformidad con la disposición contenida en el artículo 657 del CPP, declara improcedente el recurso de casación presentado por el señor Brandon Daniel Morales Meneses. 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 TERAN SIERRA, **JUEZA NACIONAL**; f), DRA. SYLVIA SANCHEZ INSUASTI, **JUEZA NACIONAL.-** Certifico: f) Dr. Carlos Torres Cáceres, Secretario Relator.

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

Quito, 25 de abril de 2017


Dr. Carlos Rodríguez García
SECRETARIO RELATOR



**CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR**

JUICIO No. 0597-2015
RESOLUCION No. 2094-2016
RECURSO: CASACION
PROCESADO: Ángel Ricardo Celi Valle
DELITO: ESTAFA

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

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

TRÁNSITO

Juicio No. 597-2015

JUEZA NACIONAL PONENTE: Dra. Sylvia Sánchez Insuasti

Quito, viernes 11 de noviembre del 2016, a las 12h35

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

I. ANTECEDENTES

1.1 ANTECEDENTES PROCESALES.-

1.1.1 El Sexto Tribunal de Garantías Penales del Guayas, el 04 de julio de 2014, las 11h17, dictó sentencia condenatoria en contra de Ángel Ricardo Celi Valle, como autor del delito de abuso de confianza, tipificado y sancionado en el artículo 560 del Código Penal; y le impone la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN CORRECCIONAL, con daños y perjuicios y costas procesales en la cantidad de cuatrocientos cincuenta mil (450.000) dólares de los Estados Unidos de América, que el procesado Ángel Ricardo Celi Valle, deberá pagar a los perjudicados. En cuanto al procesado Alex Guillermo Rodríguez Villacís, se confirma su estado de inocencia¹.

1.1.2 De esta sentencia, el procesado señor Ángel Ricardo Celi Valle, interpone recursos de nulidad y apelación, cuyo conocimiento recayó en la Sala Especializada Penal de la Corte

¹ Cuaderno del Sexto Tribunal de Garantías Penales del Guayas, VI cuerpo, fs. 500-508 vta.

Provincial de Justicia del Guayas, que el 31 de marzo de 2015, las 11h24, resolvió por unanimidad, declarar parcialmente con lugar el recurso de apelación interpuesto por el recurrente y en aplicación del artículo 29.2.7 del Código Penal, en concordancia con el artículo 73 ibídem, modifica la pena impuesta al procesado a DOS AÑOS de privación de la libertad. En lo demás, el tribunal de apelación confirmó en todas sus partes la sentencia venida en grado².

1.1.3 El procesado señor Ángel Ricardo Celi Valle, interpone oportunamente, recurso de casación, de la sentencia emitida por el tribunal de segunda instancia. 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 Penal³, publicado en el Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014.

1.2 ANTECEDENTES DE HECHO.-

1.2.1 Entre junio de 2007 y diciembre de 2009, la Compañía Comercializadora de Combustibles del Ecuador S.A. (en adelante CCECUA), con oficinas en la Av. Quito No. 2135 y Capitán Nájera, de la ciudad de Guayaquil, tuvo pérdidas económicas por aproximadamente ochocientos mil (800.000) dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

1.2.2 Durante el tiempo en que se produjo el perjuicio económico, quien administraba directamente los recursos de CCECUA, era el Gerente General señor Ángel Ricardo Celi Valle, quien realizaba transferencias de valores, mediante la emisión de órdenes de pago no autorizadas, a la cuenta de ahorro personal del señor Alex Guillermo Rodríguez Villacís. Esta última persona, por disposición de gerencia general de CCECUA, manejaba las claves para la operatividad diaria de la compra y venta de derivados de petróleo que eran comercializados por

² Cuaderno de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, fs. 22-26 vta.

³ 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.

sus asociados y abastecidos por Petrocomercial.

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

1.3.1 Ángel Ricardo Celi Valle⁴

El abogado Jorge Arturo Sotomayor Unda, defensor del procesado, señor Ángel Ricardo Celi Valle, fundamenta el recurso de casación propuesto, manifestando en lo principal que:

- La violación del sistema se produjo con el Banco con el que se hacían los pagos de los movimientos de la compañía, es allí donde la persona responsable del manejo del módem y de las claves, las duplica y clona los documentos con el mismo número con el que se comunicaba al Banco principal; con estos documentos clonados, obtuvo el dinero que se depositaba en la cuenta de ahorros personal de Alex Guillermo Rodríguez Villacís.
- La única acusación que existe en contra del señor Ángel Celi, es que el dinero de la Compañía le fue entregado directamente a él, es decir que, la acusación que pesa sobre el procesado, es que se beneficiaba de dineros que jamás recibió.
- El procesado solicitó a la Policía y a la Superintendencia de Compañías el reconocimiento de las órdenes de pago en las que aparecían sus firmas y las del Presidente de la Compañía, sin embargo, esas diligencias no se realizaron, lo que constituye violación a la ley y el debido proceso.
- Se dictó sobreseimiento definitivo a favor del verdadero responsable de los desvíos económicos, quien clonó los documentos y las órdenes de pago, con la justificación de que contó con sinceridad los hechos delictivos.
- En el proceso no consta prueba alguna de que se hubiera entregado un solo centavo al señor Ángel Ricardo Celi Valle, por lo que se viola la garantía de presunción de inocencia. Además, se le acusa de un delito de estafa, que no encuadra de ninguna manera con los hechos, por cuanto el artículo respectivo donde se configura este delito dice que, quien con el propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro se hubiere hecho entregar fondos, lo que no ha sucedido.

⁴ Expediente de la Corte Nacional de Justicia, acta de la audiencia de fundamentación del recurso, f. 5, 5vta.

1.3.2 Fiscalía General del Estado⁵

El doctor José García Falconí, delegado de la Fiscalía General del Estado, contesta a la fundamentación del recurso de casación, indicando en lo principal:

- El señor Ángel Ricardo Celi Valle, a través de su defensa técnica, fundamentó su recurso en la Ley de Casación Civil, lo cual es inconcebible, ya que esta ley no es aplicable en materia penal, como lo señala el artículo 20 de la Ley de Casación.
- La casación es un recurso técnico, extraordinario y limitado, en el que no se puede hacer referencia a hechos, sino que analiza errores de derecho que cometen los jueces del Tribunal *Ad-quem*.
- El abogado del procesado no identificó qué sentencia impugna.
- La casación es un análisis jurídico entre la sentencia de segunda instancia y la ley, no se pueden referir actuaciones procesales previas como los sobreseimientos y la actuación de Fiscalía.
- Es obligación del casacionista señalar qué ley se violó, cómo se violó dicha ley, si fue por contravención expresa, por indebida aplicación o por errónea interpretación.
- Está prohibido al Tribunal de Casación volver a valorar la prueba, lo que es potestad exclusiva de los jueces de instancia.
- Solicita se deseche el recurso de casación y se devuelva el proceso al tribunal de primer nivel a fin de que se ejecute la sentencia.

1.3.3 Alex Guillermo Rodríguez Villacís⁶

El doctor Paúl Guerrero, defensor público, en representación del procesado no recurrente, señor Alex Guillermo Rodríguez Villacís, indica que nada tiene que alegar, ya que el recurso del recurrente no se sustentó conforme lo dispone el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

1.3.4 Ángel Ricardo Celi Valle⁷

Por sus propios y personales derechos, el procesado recurrente señor Ángel Ricardo Celi Valle,

⁵ *Ibíd.*, acta de la audiencia de fundamentación del recurso, f. 6

⁶ *Ibíd.*, acta de la audiencia de fundamentación del recurso, f. 6 vta.

⁷ *Ibíd.*, acta de la audiencia de fundamentación del recurso, fs. 6 vta., 7

manifiesta que no tiene participación alguna en el delito. No abusó de la confianza de la Compañía que él creó y a la que entregó su esfuerzo. Nunca controló las claves del módem que en esa época instalaban los Bancos facturadores en la comercializadora, ya que por sus conocimientos debía viajar constantemente por todo el país, para aumentar el número de clientes. Los Bancos, para instalar los módems, pedían que la comercializadora envíe un representante para ellos enseñarle cómo manejarlos y se envió al señor Alex Guillermo Rodríguez Villacís y al contador Antonio Homero Anchundia. La clave para realizar las operaciones bancarias se entregó a Alex Guillermo Rodríguez Villacís. La desviación de dinero se produjo sin que el contador, el comisario o el auditor se dieran cuenta, sino cuando el problema ya era serio, en virtud de que habían clonado órdenes con el número que se operaba en el Banco Internacional y las pasaban a cobrar en el Banco Rumiñahui, en la cuenta de ahorro del señor Alex Guillermo Rodríguez Villacís. En la tramitación del proceso impugnó el informe pericial grafológico porque éste concluyó que la firma del Presidente de la Compañía era falsa y por lo que el Fiscal debía indagar por qué el Banco pagó con una firma falsa. Solicita se analice su situación.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1 COMPETENCIA.-

2.1.1 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 08 de mayo del 2015, las 15h07, 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 Judicial⁸; y, los doctores Jorge M. Carcelén y Luis Enríquez Villacrés, Jueces Nacionales.

2.1.2 La Jueza y Jueces 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

⁸ Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 141.- Siempre que la resolución deba ser dictada por un tribunal, existirá una jueza o juez ponente.

Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013; y 349 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, vigente hasta el 9 de agosto de 2014.

2.2 ANÁLISIS DEL TRIBUNAL RESPECTO A LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE MOTIVACIÓN.-

2.2.1 Desde sus orígenes, la casación se ha constituido en un recurso extraordinario que revisa exclusivamente la legalidad en la sentencia, sin embargo, a partir de la aprobación del texto constitucional del 2008, *“los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte⁹”*.

Entonces, si la alegación del casacionista se dirige a acusar una violación a una garantía constitucional, o a un derecho consagrado en los instrumentos internacionales de derechos humanos que contengan garantías con un mejor estándar de protección que las ofrecidas por la legislación nacional, es obligación del Tribunal de Casación, como servidores judiciales del máximo órgano de justicia ordinaria, pronunciarse acerca de dichas violaciones.

Es así que, revisada la sentencia objetada, se determinó que adolece de falta de motivación, por lo que, con el propósito de analizar la violación a esta garantía constitucional, se razona lo que sigue:

2.2.2 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:

⁹ Constitución de la República del Ecuador, artículo 11.3

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.

En efecto, esta obligación, aparte de constituirse en un requisito esencial, o en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ser parte de las garantías del debido proceso, es una causal de nulidad de los actos que no hayan sido motivados. Pero, al hablar de motivación, no solamente se refiere a la vinculación de hechos con normas jurídicas, sino que ésta va más allá. Así, el Código Orgánico de la Función Judicial, en el artículo 130 establece que:

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 sombreado no corresponde al texto).

La motivación constituye una obligación de los órganos jurisdiccionales y una garantía del debido proceso, que asegura a los justiciables conocer las causas por las que, la o el juzgador, aceptó o denegó las pretensiones planteadas por los sujetos procesales, por lo tanto no puede ser vista como una formalidad, sino como un derecho.

2.2.3 La Corte Constitucional del Ecuador, acerca de la motivación, se ha pronunciado en sentencia No. 267-15-SEP-CC, de 12 de agosto de 2015, estableciendo lo siguiente:

“...La motivación de las resoluciones de los poderes públicos y más aún de los órganos jurisdiccionales constituye una garantía esencial con el fin de evitar la arbitrariedad y lograr el cumplimiento efectivo de las decisiones adoptadas. La motivación no solo implica hacer referencia a los argumentos esgrimidos durante proceso o a citar normas aplicables al caso en

concreto, sino que debe reunir ciertos elementos específicos pues, solo así, se pone en relieve la acción justa, imparcial y desinteresada del juzgador al interpretar los hechos y aplicar el derecho.

Por lo tanto, toda decisión judicial en donde esté en discusión el reconocimiento de derechos debe ir acompañada de una adecuada motivación, ya que esta garantía posibilita y permite que los jueces desarrollen su capacidad y obligación de resolver el conflicto bajo criterios de razonabilidad, coherencia y lógica aplicando de una manera correcta las normas que conforman el ordenamiento jurídico”.

También en sentencia No. 069-10-SEP-CC, publicada en el Registro Oficial 372, de 27 enero de 2011, se señaló 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...”.

Por otra parte, en sentencia No. 227-12-SEP-CC, dictada dentro del caso N° 1212-11-EP, determinó que:

“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”.

Por su parte, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, respecto a la motivación, ha expresado que 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 decisión¹⁰”.

Mientras que, respecto a la falta de motivación, en sentencia dictada dentro del caso No. 382-2010, ha sostenido que:

“...La falta de motivación se da porque de plano esta es inexistente, o porque uno de los elementos que la presuponen, ya sea los fundamentos de hecho o de derecho, faltan al revisar el fallo del juzgador; en estos casos es aplicable el artículo 76.7.1) de la Constitución de la República, para anular el fallo impugnado y volver a dictar otro que cumpla con la garantía de motivación otorgada a las partes procesales, ya que precisamente la norma constitucional determina a los fundamentos de hecho y de derecho como elementos indispensables de esta institución jurídica;¹¹”.

2.2.4 La Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano jurisdiccional encargado del desarrollo e interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos, Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, sentencia de 21 de mayo de 2013, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), señaló que:

“109. (...) “la motivación es la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”. En este sentido, “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”.

La misma Corte, en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, destacó que:

¹⁰ Sentencia dictada el 16 de septiembre de 2014, las 17h00, dentro del caso No. 504-2014

¹¹ Corte Nacional de Justicia, Recurso de Casación, Sentencia dictada el 12 de septiembre de 2013, las 10h49.

“...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, más aún en ámbitos en los que se comprometen derechos tan importantes como la libertad del procesado¹²”.

Los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son vinculantes, en atención al bloque de constitucionalidad, consagrados en los artículos 424¹³, segundo inciso, y 425¹⁴ de la Constitución de la República del Ecuador.

2.2.5 En contexto, 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, es una exigencia la existencia de la respectiva conformidad entre los elementos fácticos, y la norma jurídica en la que se sustenta la resolución. Igualmente, al ser la sentencia un proceso lógico e integral, es un requisito sine qua non, que guarde la respectiva armonía y congruencia entre sus partes descriptiva, motivacional y resolutive.

2.3 ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO.-

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr., 108.

¹³ Constitución de la República del Ecuador, Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

¹⁴ *Ibidem.*, Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

2.3.1 Para resolver el caso *in examine*, es menester explicar que dentro de la violación a la garantía constitucional y legal de motivación, pueden presentarse diferentes tipos de deficiencias que afectan la exposición argumentativa de la resolución. Doctrinaria¹⁵ y jurisprudencialmente¹⁶ pueden identificarse al menos cuatro tipos de violación al deber de motivación: 1. Ausencia de motivación; 2. Motivación contradictoria; 3. Motivación anfibológica o ambigua; y, 4. Falsa motivación.

Respecto de las tres primeras violaciones, procede declarar la nulidad de la sentencia, por constituir errores *in procedendo*, en los que no se satisfizo los estándares propuestos por la norma adjetiva (artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial); mientras que de la última –falsa motivación-, al existir un verdadero error *in iure*, el Tribunal de Casación debe pronunciarse resolviendo sobre el fondo de la causa. Esto sucede porque la falsa motivación o motivación sofisticada, se configura cuando la motivación no corresponde a la verdad procesal debido a que el Tribunal Ad-quem incurre en una valoración distorsionada del acervo probatorio aportado en juicio, que desemboca en una decisión arbitraria. Se produce, en consecuencia, un ataque directo a los derechos de los sujetos procesales por cuanto la decisión de la causa, no recoge la realidad de lo probado en el juicio.

En cuanto a las demás violaciones, se designa ausencia de motivación, a la falta –total o parcial- de los motivos que justifican la convicción del juez en cuanto a los hechos o al derecho que determinan la aplicación de cierta norma a los antecedentes fácticos. En la motivación contradictoria, “*existe un insanable contraste entre los fundamentos que se aducen, o entre estos y la parte resolutive de tal modo que se excluyen entre sí y se neutraliza...*”¹⁷. Y, finalmente, la motivación anfibológica o ambigua, concurre cuando el juzgador no es claro en las razones de su decisión, lo que impide simultáneamente: **a)** conocer las consideraciones que le condujeron a resolver la causa; y, **b)** concreción del derecho de contradicción de las partes que intervienen en el juicio.

¹⁵ Orlando Rodríguez, *Casación y Revisión Penal, Evolución y Garantismo*, Editorial Temis, Colombia, 2008, pp. 320-325

¹⁶ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, Juicio No. 0191-2011, sentencia de 29 de agosto de 2013, las 11H25; y, Juicio No. 1076-2014, sentencia de 20 de septiembre de 2016, las 14h09.

¹⁷ Op. Cit. 13, Orlando Rodríguez, *Casación y Revisión Penal, Evolución y Garantismo*, p. 325

2.3.2 Consta en la sentencia dictada por el Tribunal Ad-quem, considerando “SÉPTIMO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.-“, lo que sigue:

“...La libertad de valoración no permite al Juez sustituir la prueba practicada por otros elementos, datos o mera opinión con relación a formar su convencimiento sobre la inocencia o responsabilidad del acusado, más allá de toda razonable y del enfoque moderno del Código Penal, se impone tener certeza absoluta respecto a la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado...”. [Las negrillas no pertenecen al texto original]

Respecto de este análisis, es necesario precisar que de conformidad con el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal¹⁸, el sistema de valoración de la prueba es el de la sana crítica, que a través de la lógica, la experiencia y la ciencia, obliga al juzgador a razonar y motivar la selección probatoria que sustenta su decisión en una causa. Por el contrario, la Corte de Apelaciones, para explicar las razones de su resolución, hace referencia a un método distinto de valoración de la prueba, esto es, la certeza más allá de toda duda razonable, invocándole en razón del “enfoque moderno del Código Penal”, con lo que se entiende, hace alusión al Código Orgánico Integral Penal.

Más allá de toda duda razonable o *beyond a reasonable doubt*, es una regla de valoración probatoria característica del sistema anglosajón, que exige al juzgador pronunciar una sentencia condenatoria sólo cuando de los elementos probatorios aportados a juicio, a pesar de existir más de un escenario posible de los hechos, sean éstos pocos probables en relación con aquel en el que el procesado es el responsable. El Código Orgánico Integral Penal recoge la fórmula de más allá de toda duda razonable, dentro de los principios procesales, de la siguiente manera:

“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:

¹⁸ “Art. 86.- 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”.

3. Duda a favor del reo: la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable”.

Como se desprende del artículo 5.3 del Código Orgánico Integral Penal, la regla “más allá de toda duda razonable”, hace parte del principio *in dubio pro reo*; sin embargo, este no es el método de valoración de la prueba para la determinación de la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado, que por su parte, se encuentra prescrito en el artículo 457 *ibídem*:

“Art. 457.- Criterios de valoración.- La valoración de la prueba se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales.

La demostración de la autenticidad de los elementos probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que los presente”.

Entonces, el Código Adjetivo Penal del año 2000 y el Código Orgánico Integral Penal, exponen diversos criterios de valoración de la prueba. En el primero, la sana crítica debe guiar el proceder el juzgador en cuanto a la selección probatoria que brinde certeza, o por el contrario duda, acerca de la materialidad de la infracción y la responsabilidad del acusado. En el segundo, la legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales, así como las demás pruebas, son fundamento de la decisión judicial, bien sea para condenar o para, en caso de duda razonable -de conformidad con los principios procesales-, absolver.

Para el caso que se juzga, debía aplicarse el criterio de sana crítica, porque éste es el sistema de valoración de la prueba consagrado en el Código de Procedimiento Penal, ley vigente a la fecha del cometimiento del delito e iniciada la causa penal en contra del procesado señor Ángel Ricardo Celi Valle. La utilización de un sistema de valoración de la prueba diferente, cabría únicamente al invocarse la aplicación del principio de favorabilidad, lo que tampoco

corresponde porque no se ha justificado que la ley procesal promulgada con posterioridad, sea más benevolente.

Existe en cuanto a este punto de derecho, contradicción en el razonamiento del juzgador, porque la regla importada desde el derecho anglosajón de “más allá de toda duda razonable”, es un principio procesal que en la legislación ecuatoriana vigente a partir del 10 de agosto de 2014 –Código Orgánico Integral Penal-, se alinea con la aplicación del principio in dubio pro reo, mientras que, la valoración de la prueba, atiende a los criterios de legalidad, autenticidad, cadena de custodia y científicidad. Por su parte, la valoración de la prueba a la luz de las reglas de la sana crítica: lógica, experiencia y la ciencia, es el método valorativo del Código de Procedimiento Penal. Entonces, usar todos estos sistemas simultáneamente, no es razonable, ya que uno excluye al otro.

2.3.3 Más adelante en su sentencia, la Corte de Apelaciones señala que:

“C).- De todo lo expuesto, la sala encuentra que existen elementos que demuestran la materialidad de la infracción y la responsabilidad del señor Alex Rodríguez y el hoy recurrente, es decir tienen una participación directa en el delito de abuso de confianza, al haber causado un faltante de USD. \$353.346.37 dólares de la Comercializadora de Combustibles Ecuador S.A., aprovechando la condición de asistente contable y de Gerente que respectivamente desempeñaban, mediante movimientos de fondos de la compañía a cuentas particulares, alteraron estados de cuenta, órdenes de pagos en los que constaba la firma del señor Ángel Ricardo Celi Valle, como Gerente y otra firma que no correspondía al presidente, adecuando por lo tanto su conducta al tipo penal contemplado en el Art. 560 del Código Penal (...) D).- *El Tribunal en su resolución únicamente condenó al hoy recurrente, situación que no compartimos, sin embargo por el principio Non Reformatio In Pejus y por cuanto la fiscalía no apeló del fallo, la Sala no puede pronunciarse al respecto del Señor Rodríguez;*
[Las negrillas no pertenecen al texto original]

El principio *non reformatio in pejus*, se encuentra consagrado en el artículo 77.14 de la Constitución de la República del Ecuador: “Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya

privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre". A partir de esta disposición constitucional, se deriva la prohibición del juzgador o tribunal sustanciador, de empeorar la situación jurídica del procesado, cuando es el único sujeto procesal que recurre.

Empero, en el presente caso, el tribunal de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, se pronuncia acerca del procesado no recurrente señor Alex Guillermo Rodríguez Villacís, para el que la sentencia dictada el viernes 4 de julio de 2014, las 11h17, por el Sexto Tribunal de Garantías Penales del Guayas, se encuentra ejecutoriada, en tanto de su absolución, Fiscalía General del Estado no presentó recurso alguno ante el tribunal superior. A pesar de que la sentencia antedicha había pasado por autoridad de cosa juzgada, el tribunal Ad-quem emite opinión respecto a la responsabilidad del ciudadano Alex Guillermo Rodríguez Villacís, señalando que tiene participación directa en el cometimiento del delito de abuso de confianza.

La conclusión a la que arriban los jueces provinciales, se opone a la presunción de inocencia, constante en el artículo 76.2 de la Constitución de la República del Ecuador¹⁹, puesto que una vez que en primera instancia se ratificó el estado de inocencia del señor Alex Guillermo Rodríguez Villacís y de esta decisión, Fiscalía no recurrió, el tribunal de apelación estaba vetado de realizar pronunciamiento alguno respecto del procesado no recurrente, ni aun cuando de las pruebas se desprendan elementos que le vinculen en el cometimiento del delito. Carece de congruencia, declarar responsable de un ilícito a un ciudadano cuya participación no se discute; y, además, dejar sin efecto dicha declaración en razón del principio *non reformatio in pejus*, razón por la que nuevamente, el razonamiento presente en la sentencia objetada, es contradictorio entre sus partes considerativa y resolutive.

2.3.4 En conclusión, el razonamiento intelectual del tribunal de apelaciones, sufre de motivación contradictoria:

¹⁹ "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:

2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada".

“Lo es cuando existe un insanable contraste entre los fundamentos que se aducen, o entre éstos y la parte resolutive, de tal modo que se excluyen entre sí y se neutraliza, por lo que el fallo queda así, sin motivación; o, cuando en las mismas se hacen argumentaciones de exculpación y de responsabilidad de manera simultánea, situación que se evidencia en casos en los que se reconoce la existencia de una causal de “ausencia de la responsabilidad”, pero al mismo tiempo se argumenta en favor de la responsabilidad del procesado²⁰”.

La sentencia suscrita por el doctor Guillermo Valarezo Coello y las doctoras Beatriz Cruz Amores y Olga Aguilera Romero, Juez y Juezas Provinciales; es inmotivada por contradictoria, lo que a su vez afecta su validez, puesto que: “[...]En resumen, para que sea justificable, esto es, aceptable la justificación de la decisión jurídica, la argumentación jurídica debe reunir las condiciones de suficiencia y validez, basadas en hechos conocidos y probados, y norma legal válida o interpretación aceptable de una norma jurídica válida; y, en una decisión que debe ser consecuencia de las razones expuestas²¹.

Error en la motivación que debe ser corregido, para cumplir con el estándar de motivación impuesto por la Constitución de la República del Ecuador y el sistema interamericano, que debe caracterizar a las decisiones de las autoridades públicas, especialmente las judiciales. Seguidamente, en el caso se juzga deberá establecerse: **a)** Los actos ilícitos que le son imputables al procesado Ángel Ricarso Celi Valle, es decir, cómo su conducta cumple con el verbo rector de la conducta típica; **b)** Si la conducta del procesado se ha cometido bajo la modalidad de acción por comisión u omisión; y, **c)** Discriminar si la conducta del procesado por sí sola basta para cometer de forma integral el delito, o si por el contrario, el abuso de confianza se cometió con la co-autoría de terceras personas, sin las cuales, no puede establecerse con certeza la responsabilidad del acusado.

III. DECISIÓN

²⁰ Óp. Cit., 15, Orlando Rodríguez, *Casación y Revisión Penal, Evolución y Garantismo*, p. 325

²¹ Sylvia Sánchez, “Auditorios y aceptabilidad de la argumentación, en el proceso oral por audiencias, en relación al Código Orgánico General de Procesos” En *Diálogos Judiciales* 3, El Código Orgánico Integral Penal, enero-junio 2016, Corte Nacional de Justicia, Ecuador.

En mérito de lo expuesto, **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, con fundamento en el artículo 76.7.1) de la Constitución de la República del Ecuador, por unanimidad, declara la nulidad constitucional de la sentencia emitida por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, por considerar que la misma no cumple con los estándares de motivación, violándose así la garantía constitucional de las personas a una decisión judicial motivada. Nulidad que corre a partir de la audiencia en que se fundamentó los recursos de nulidad y apelación; y, se la declara a costa del Tribunal de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, que dictó sentencia. Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen para los fines legales pertinentes. **NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.** f) Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, **JUEZA NACIONAL PONENTE** f) Dr. Luis Enríquez Villacrés, **JUEZ NACIONAL**; f), **JUEZ NACIONAL**.- La sentencia que antecede no es suscrita por el Dr. Jorge M. Blum Carcelén, debido a que al referido señor juez le fue concedida licencia. Certifico: f) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

CERTIFICO: Las nueve (9) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito, 25 de abril de 2017


Dr. Carlos Rodríguez García
SECRETARIO RELATOR

JUICIO No. 1631-2013
RESOLUCION No. 2095-2016
RECURSO: CASACION
PROCESADO: POVEDA SUÑIGA JORGE Y OTROS
DELITO: ASESINATO

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

Quito, viernes 11 de noviembre del 2016, las 14h30.

VISTOS: Encontrándose legalmente integrado este Tribunal de Alzada, luego de haberse evacuado la audiencia oral, pública y contradictoria, de conformidad con lo previsto en los artículos 168, numeral 6, y 169 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 205.1, 325.1, 336 y 345 del Código de Procedimiento Penal, procede a emitir su pronunciamiento por escrito, sobre los recursos de nulidad y apelación deducidos por los procesados Marcos Orlando Villacrés Ascencio, Héctor Adolfo Fruto Márquez, Douglas Augusto Yépez Mogro, Ricardo Mariano Llulluma Álvarez, Luis Ángel Sánchez Chiliquinga y Erick Aquiles Salinas Monge; sobre los recursos de apelación deducidos por los procesados Luis Gonzalo Cevallos Rosero, Darwin Alejandro Suárez Flores, Darwin Stalin Condoy Rosero, Carlos Eduardo Pérez Asencio, de la sentencia condenatoria dictada en su contra, el 16 de diciembre de 2014, a las 17h00, por los doctores Wilson Merino Sánchez, Paúl Iñiguez Ríos y Richard Villagómez Cabezas, Jueces Nacionales y Conjuez Nacional, de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, respectivamente; y, sobre el recurso de apelación deducido por el procesado Mario Rodrigo Cevallos Loachamín, de la sentencia condenatoria de mayoría dictada en su contra, el 24 de noviembre de 2015, a las 16h40, por las doctoras Sylvia Sánchez Insuasti, Gladys Terán Sierra y por el doctor Richard Villagómez Cabezas, Juezas Nacionales y Conjuez Nacional, de la Sala Especializada de lo Penal, Penal

Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, respectivamente, dentro de la causa que por el delito de asesinato (modalidad ejecución extrajudicial) tipificado y sancionado en el artículo 450.1.4.5 y 6 del Código Penal, se ha instaurado en contra de los sentenciados. Radicada la competencia en este Tribunal de la Sala Penal, y por el sorteo de ley, se pronuncia al respecto considerando lo siguiente:

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-

Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene competencia para conocer los recursos de nulidad y apelación en casos de fuero, en virtud de lo determinado en los artículos 184, numeral 3 de la Constitución de la República y 192 numeral 2 del Código Orgánico de la Función Judicial. Asimismo, este Tribunal se encuentra conformado por los doctores Luis Enríquez Villacrés, quien actúa en calidad de Juez ponente; Miguel Jurado Fabara; y, Marco Maldonado Castro¹, Jueces y Conjueces Nacionales.-

ANTECEDENTES

El presente proceso se inicia con la celebración de la audiencia de formulación de cargos, el día 14 de noviembre de 2013. El doctor Jorge M. Blum Carcelén, Juez de Garantías Penales de la Corte Nacional de Justicia (en razón del fuero), el 15 de julio de 2014, las 09h00, dictó auto de llamamiento a juicio en contra de los señores: Eduardo René González Flores, Erick Aquiles Salinas Monge, Webster Segundo Hernández Rugel,

¹ Actúa por ausencia definitiva del Dr. Vicente Robalino Villafuerte (+)

Mario Rodrigo Cevallos Loachamín, Douglas Augusto Yépez Mogro, Luis Ángel Sánchez Chiliquinga, Walter Iván Castillo Yaguana, Héctor Adolfo Fruto Márquez y Ricardo Mariano Llulluma Álvarez en calidad de presuntos autores; Jorge Fernando Poveda Zúñiga, Sergio Wilfrido Gaibor Bósquez, Darwin Alejandro Suárez Flores, Marco Orlando Villacrés Asencio, Aurelio Justino Chila Placencia, Samuel Dumani Calderón Egas, Darwin Stalin Condoy Rosero y Luis Gonzalo Cevallos Rosero en calidad de presuntos cómplices; y, Carlos Pérez Asencio en calidad de presunto encubridor, por considerar que de los resultados de la instrucción fiscal se desprenden presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito tipificado y sancionado en el artículo 450, circunstancias 1, 4, 5, y 6 del Código Penal, y presunciones graves y fundadas sobre la participación de los procesados, en las calidades antes indicadas, conforme a los artículos 42, 43 y 44 ibídem.

Por encontrarse prófugos, de acuerdo con el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal, el señor Juez de Garantías Penales ordena que se suspenda la iniciación de la etapa del juicio de los señores Eduardo René González Flores, Webster Segundo Hernández Rugel, Mario Rodrigo Cevallos Loachamín, Walter Iván Castillo Yaguana, Sergio Wilfrido Gaibor Bósquez, Aurelio Justino Chila Placencia y Samuel Dumani Calderón Eras.

El Tribunal de Garantías Penales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, designado para conocer la etapa del juicio, luego de la audiencia respectiva, con fecha 16 de diciembre de 2014, las 17h00, dictó sentencia, ratificatoria del estado de inocencia de Jorge Fernando Poveda Zúñiga, y condenatoria en contra de Erick Aquiles Salinas Monge, Douglas Augusto Yépez Mogro, Héctor Adolfo Fruto Márquez, Ricardo Mariano Llulluma Álvarez y Luis Ángel Sánchez Chiliquinga en calidad de autores, de conformidad con el artículo 450.1.4.5 y 6 en concordancia con los

artículos 451 y 42, todos del Código Penal, imponiéndole la pena privativa de libertad de dieciséis años de reclusión mayor especial; y, Carlos Pérez Asencio, Darwin Alejandro Suárez Flores, Luis Gonzalo Cevallos Rosero, Darwin Stalin Condoy Rosero y Marcos Orlando Villacrés Asencio, en calidad de encubridores, conforme al artículo 450.1.4.5 y 6 del Código Penal en concordancia con el artículo 44 *ibídem*, imponiéndoles la pena privativa de libertad de dos años, esto es por el delito de asesinato en la modalidad de ejecución extrajudicial, en el contexto de graves violaciones a los derechos humanos; emepro, aplicando el principio de favorabilidad al haberse suprimido el encubrimiento de los grados de participación penal, se ordena su inmediata liberad.

Luego, el señor Juez de Garantías Penales doctor Jorge M. Blum Carcelén, una vez que han sido capturados los señores Mario Rodrigo Cevallos Loachamín y Aurelio Justino Chila Placencia, quienes se encontraban prófugos, remite el proceso para el conocimiento de la etapa del juicio respecto de éstos.

El Tribunal de Garantías Penales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, designado para conocer la etapa del juicio, luego de la audiencia respectiva, con fecha 24 de noviembre de 2015, las 16h40, dictó sentencia condenatoria de mayoría, en contra de Mario Rodrigo Cevallos Loachamín en calidad de autor, del delito tipificado y sancionado en el artículo 450.1.4.5 y 6 en concordancia con los artículos 451 y 42, todos del Código Penal, imponiéndole la pena privativa de libertad de dieciséis años de reclusión mayor especial; y, Aurelio Justino Chila Placencia, en calidad de encubridor, del delito tipificado y sancionado en el artículo 450.1.4.5 y 6 del Código Penal, imponiéndole la pena privativa de libertad de dos años, esto es por el delito de asesinato en la modalidad de ejecución extrajudicial, en el contexto de graves violaciones a los derechos humanos;

emepro, aplicando el principio de favorabilidad al haberse suprimido el encubrimiento de los grados de participación penal, se ordena su inmediata liberad.

Inconformes con la resolución de fecha 16 de diciembre de 2014, los sentenciados Marcos Orlando Villacrés Ascencio, Héctor Adolfo Fruto Márquez, Douglas Augusto Yépez Mogro, Ricardo Mariano Llulluma Álvarez, Luis Ángel Sánchez Chilibingua y Erick Aquiles Salinas Monge han interpuesto recursos de nulidad y apelación; mientras que, los sentenciados Luis Gonzalo Cevallos Rosero, Darwin Alejandro Suárez Flores, Darwin Stalin Condoy Rosero, Carlos Eduardo Pérez Asencio, han interpuesto recursos de apelación; asimismo, el sentenciado Mario Rodrigo Cevallos Loachamín, inconforme con la resolución de fecha 24 de noviembre de 2015, ha interpuesto recurso de apelación; que previo sorteo de ley, recayó para su conocimiento en este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS DE NULIDAD:

1. Procesado Marcos Orlando Villacrés Ascencio, a través de su abogado defensor Mauro Durazno:

Realiza su fundamento en base a la sentencia dictada el 16 de diciembre de 2014, puesto que esta no reúne los requisitos establecidos en el artículo 309 del CPP, específicamente los numerales 3 y 4; dicha sentencia no tiene una exposición concisa de los argumentos de hecho y de derecho, ni hace mención a las disposiciones legales aplicables, lo que conlleva a que se convierta en una sentencia inmotivada, es decir, que no cumple los requisitos establecidos en el artículo 76.7.1 de la CRE ni del artículo 306 del CPP, esto es, que no es completa, íntegra y suficiente, de ahí que no

cumple con los estándares nacionales e internacionales de la motivación; además, el contenido de la teoría fáctica no se encuentra detallada de manera íntegra en la sentencia, ni tampoco hay análisis probatorio, ni argumento jurídico en el que se haga referencia al derecho material o constitucional; no se hace una argumentación jurídica en cuanto a jurisprudencia nacional, internacional y constitucional, ni se hace alusión a doctrina jurídica, sino que solo se hace mención a dos o tres casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; de otro lado, el numeral 3 del artículo 330 del CPP que dice: “Cuando en la sustanciación del proceso se hubiere violado el trámite previsto en la ley, siempre que tal violación hubiere influido en la decisión de la causa”, alude al principio de legalidad procesal (artículo 76.3 de la CRE), que prescribe que no se podrá juzgar a las personas sino por leyes preexistentes y de acuerdo al trámite de cada procedimiento; en este sentido, la sentencia dictada el 16 de diciembre de 2014, viola el contenido del artículo 306 del CPP, pues debió haber sido dictada a los tres días de pronunciada la decisión de manera oral, pero han transcurrido aproximadamente dos años para fundamentar este recurso de nulidad, afectándose con ello también al plazo razonable, a la tutela judicial efectiva, a la seguridad jurídica y, a los principios del debido proceso, por lo que se incurre en lo previsto por el artículo 32 del COFJ, esto es retardo injustificado, además se violan las garantías contempladas en los instrumentos internacionales; al aplicar el artículo 451 del CP, se hace una interpretación extensiva de la ley, violentando el artículo 4 del CP, por lo que existe también una violación flagrante al debido proceso; también se ha vulnerado el principio universal del non bis in ídem (no ser juzgado dos veces por la misma causa) previsto en el artículo 76.7.i de la CRE y 5 del CPP, pues su patrocinado Marcos Orlando Villacrés Ascencio, ya fue juzgado por otra Corte de Justicia, sin embargo, la sentencia impugnada demuestra que ha operado la cosa juzgada. Por lo expuesto,

solicita se declare la nulidad de la sentencia a partir de la audiencia de la etapa del juicio.

Contestación del señor Fiscal General del Estado:

El recurrente ha mencionado hechos subjetivos, sin precisar en cada caso cuál es el hecho que sustenta su afirmación, ni qué parte de la sentencia ha sido inmotivada, tampoco qué parámetros constitucionales se han incumplido, para que pueda haber una resolución razonada; respecto del retardo injustificado, pide se analicen los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a este tema; finalmente, tampoco se precisó en qué parte del contenido de la sentencia existió una interpretación extensiva de la ley; en cuanto a que no podía ser juzgado por la misma causa, fue un aspecto debatido ampliamente durante el proceso de juzgamiento en donde no se demostró la identidad objetiva y subjetiva y, por otro lado, la segunda sentencia de la Corte Nacional de Justicia declaró cosa juzgada fraudulenta todas las relaciones jurídicas y judiciales que pretendieron en su momento dejar en la impunidad esta causa. Por lo expuesto, solicita se rechace el recurso.

Contestación del doctor Juan Pablo Albán, en representación de Eufemia Dolores Vélez Párraga y Dolores Alexandra Briones Soriano:

El recurso de nulidad planteado carece de sustento, porque de la lectura del texto de la sentencia se desprende claramente (fojas 11 hasta 50), que existe una extensa relación de los hechos que fueron materia de este proceso, con muchos detalles, los que surgieron de la audiencia del juicio, en virtud de una prueba técnica, que demostró de manera incontrovertible la materialidad de la infracción acusada; que en relación con la situación jurídica del procesado Marcos Orlando Villacrés Ascencio (fojas 66 hasta

68 de la misma sentencia recurrida), consta el correspondiente análisis del tribunal de juicio sobre las razones que condujeron a la determinación de su culpabilidad, por lo que mal podría decirse que no se ha motivado la decisión; que en relación a la motivación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencia del caso López-Mendoza contra Venezuela), ha señalado que lo que aquella debe mostrar es que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y el conjunto de la prueba debidamente analizado, lo cual, constituye el ejercicio que realizó el tribunal; además, la propia Corte Constitucional ecuatoriana (sentencia 132-13-SEP-CC) ha determinado que la garantía de motivación significa proscribir la arbitrariedad, en la medida en que las partes del proceso, los observadores externos y los controladores de la decisión, pueden seguir el camino que llevó al juez a determinar un tipo de solución particular, para acreditar así que no se ha concluido por mera coincidencia, por arrebato de adivinación, o una cuestión similar, sino siguiendo los caminos que puedan ser rastreados y reconstruidos racionalmente, como es el caso de esta sentencia; el segundo agravio de nulidad que la defensa ha levantado tiene que ver con que se habría violado el artículo 306 del CPP, porque no se emitió la sentencia en tres días, luego se ha amarrado este argumento a la cuestión del tiempo que ha tomado la convocatoria de esta audiencia, donde se coincide con la defensa, en el sentido de que hubiera sido óptimo poder tenerla antes, pero la carga de trabajo no lo permitió; además, antes de que el tribunal de alzada quedara constituido, se inhibieron de conocer los recursos, prolongando esta convocatoria mucho tiempo, si tomamos en cuenta que solo el expediente ante el tribunal de juicio tiene 34 cuerpos y que la información que se incorporó al proceso demandó una audiencia de dos semanas de duración, es muy claro, por qué el tribunal no estaba amarrado a emitir una sentencia en tres días, pues tuvo un trabajo de análisis que llevar adelante para precautelar los derechos de los procesados; el tercer agravio de nulidad tiene que ver con la violación del

principio del non bis in ídem, contemplado en el artículo 76.7.i de la CRE, lo cual, ya fue materia de una amplia consideración durante la etapa intermedia, porque mientras se debatía la cuestión de si cabía o no el llamamiento a juicio, ya existieron argumentos extensos sobre la existencia de un fallo, de un tribunal de fuero privativo, la Corte Segunda Distrital de la Policía Nacional por un delito de abuso de autoridad, no de asesinato; además, contra el auto de llamamiento a juicio se dedujeron recursos de nulidad y de apelación y hubo otra vez una larga discusión sobre si hubo o no cosa juzgada y la conclusión nuevamente fue que no; en el juicio se volvió a levantar como defensa procesal esta cuestión y una vez más el tribunal de juicio determinó que no había cosa juzgada, es más como la audiencia del juicio tuvo que hacerse en dos capítulos, hubo una discusión en el otro juicio respecto de esos otros procesados y hubo una conclusión mucho más contundente, que de hecho llegó a ser un referente a nivel latinoamericano sobre la institución de la cosa juzgada fraudulenta, es decir, aquella que resulta de un juicio en el que el Tribunal ha actuado sin competencia, como efectivamente era el caso de la Corte Distrital de Policía, que conocía un caso de violación de derechos humanos, bajo el argumento de que era un delito de función, pero además de que actuó sin competencia, actuó sin ánimo de esclarecer la verdad histórica de los hechos, sin ánimo de atribuir la responsabilidad que cabía a los autores, cómplices y encubridores de los hechos y, en consecuencia, el tribunal segundo de juicio determinó que no había cosa juzgada, de ahí que es la quinta ocasión en que se discute la cuestión de que si hay o no cosa juzgada; si hubiera cosa juzgada, existiría aquella que se denomina cosa juzgada fraudulenta, y desde la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Carpio-Nicole y otros contra Guatemala), carece de valor como cosa juzgada, es solo un montaje tendiente a que los hechos queden impunes. Por lo expuesto, no se ha acreditado ninguno de los tres agravios de nulidad que se han levantado.

Contestación del doctor José Jaramillo Valdivieso, en representación de Iris Aracely Vergara:

El recurso de nulidad no ha sido debidamente fundamentado; el recurrente no ha manifestado a qué hechos se refiere, pues la sentencia es clara, completa, está debidamente motivada y fundamentada. Por lo expuesto, se adhiere a la exposición del doctor Juan Pablo Albán, haciendo suyos aquellos argumentos.

Contestación del doctor José Luis Mestanza, en representación de Olga Esperanza Reyes Reyes:

La sentencia dictada por la Corte Nacional, está motivada conforme al artículo 76.7.1 de la CRE y a lo que señala la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (caso Tristán-Donoso vs Panamá del 27 de enero de 2009), donde se habla claramente que toda resolución de los órganos internos debe estar debidamente fundamentada. Solicita se deseche el pedido de nulidad.

2. Procesado Héctor Adolfo Fruto Márquez, a través de su abogado defensor Iván Durazno:

El artículo 76.7.1 de la CRE establece que toda resolución de poder público debe estar debidamente motivada, es decir, fundamentada, argumentada jurídicamente, y precisamente la sentencia dictada el 16 de diciembre del año 2014, por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Policial y Tránsito, no cumple con los estándares nacionales e internacionales de la motivación; si bien es cierto se narran los hechos en cuanto a la teoría, esta nace de una Comisión de la Verdad a la que hace referencia en la

parte fáctica esta sentencia; Comisión de la Verdad que fue creada por Decreto, el cual se sabe no está por encima de las normas constitucionales, ni de las normas del derecho material, mucho menos de los instrumentos internacionales; existe falta de motivación, porque como no debe existir antinomia, debe existir la concordancia jurídica, en este caso, lo establece también el artículo 306 del CPP, pues precisamente se ha fundamentado el recurso basado en los artículos 330, numerales 2 y 3 del CPP, específicamente haciendo referencia en cuanto a la falta de motivación; la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Barberán y otros vs. Venezuela), dice: *“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 demostrar que efectivamente 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 estas 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 garantías incluidas en el artículo 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso”*; en la sentencia impugnada no existe motivación, cuando se hace referencia solo a una de las partes procesales, pues los alegatos del señor Héctor Ramiro Fruto casi no son considerados; en cuanto al principio de legalidad procesal penal contemplado en el artículo 76.3 de la CRE y a las garantías judiciales del artículo 18 de la Convención Americana de los Derechos Humanos que establece el plazo razonable, en la sentencia no se motivó, ni se hizo conocer a los tres días posteriores, violándose de esta manera el numeral 3 del artículo 330 del CPP; también se ha incurrido en la prohibición del artículo 32 del COFJ, como son la violación flagrante a las garantías judiciales, al debido proceso y al error

injustificado. Por lo expuesto, solicita se declare la nulidad a partir de la audiencia del juicio.

Contestación del señor Fiscal General del Estado:

La prueba presentada durante varias semanas evidenció la participación del señor Fruto Márquez y su vinculación al hecho criminal, por tanto basta solo revisar la prueba aportada en ese momento; el tiempo para resolver, no modifican los hechos procesales que fueron parte de este enjuiciamiento, de tal manera, que la influencia del transcurso del tiempo en la decisión de la causa, es un hecho que fácticamente no se puede demostrar; los hechos fueron discutidos en audiencia de juzgamiento y la prueba fue presentada y evaluada por los jueces y luego considerada para destruir la presunción de inocencia de los imputados, siendo irrelevante que haya sido dentro de los tres días subsiguientes. Por lo expuesto, la solicitud de nulidad desde la audiencia del juicio es improcedente, porque no hay fundamento legal para eso.

Contestación del doctor Juan Pablo Albán, en representación de Eufemia Dolores Vélez Párraga y Dolores Alexandra Briones Soriano:

La sentencia se encuentra motivada de conformidad con el artículo 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y con la jurisprudencia del sistema Interamericano de Derechos Humanos; la motivación es una explicación razonada de los motivos que condujeron a la toma de una decisión y, en nuestro sistema es además la explicación de las normas jurídicas aplicables al caso y la pertinencia de la aplicación en un caso puntual lo que si consta en el texto del fallo; que es verdad que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo contra Venezuela ha hecho

alusión a esta necesidad de que para que se acredite que hay motivación se debe justificar que se han tomado en cuenta los alegatos de las partes y que se ha valorado la prueba que se produjo; pero de la lectura de la sentencia se desprende que se han tomado en cuenta los alegatos de las partes y que se ha valorado la prueba que se aportó durante el juicio; la sentencia no se basa en el informe de la Comisión de la Verdad; ese informe no es sino una determinación de una verdad administrativa que sirve de noticia criminis para el inicio de una investigación que la Fiscalía condujo; luego de la investigación, Fiscalía formuló cargos y más tarde hubo juicio, comprobándose la responsabilidad de las personas, más allá de la existencia de la infracción; las declaraciones de nulidad constitucional que emite la Corte Nacional de Justicia no son sentencias de casación, porque la corte no casa la sentencia, sino que declara una nulidad del proceso y precisamente por eso hay decenas de decisiones que declaran la nulidad, pero no casan, constituyéndose en una herramienta útil pero que no son sentencias de casación; de la simple lectura de la sentencia recurrida, se desprende que existe un específico balance, coherencia y congruencia, entre lo que se acusó (el asesinato de ocho personas por miembros de la Policía Nacional del Ecuador, el día 19 de noviembre de 2013, en las instalaciones de una farmacia ubicada en la ciudad de Guayaquil); lo que se probó (que efectivamente esos asesinatos ocurrieron y quiénes son sus responsables en distintos grados) y, lo que se resolvió (que estos hechos efectivamente ocurrieron, que constituyen delitos y quiénes son sus responsables y en qué grados y qué reproche jurídico les corresponde); entonces, no hay lugar para una declaratoria de nulidad constitucional porque no se ha violado la CRE; la nulidad a la que hace alusión el artículo 330 del CPP, no es nulidad constitucional, sino procesal, la que no se ha justificado; además, la audiencia del juicio se instaló el día 20 de octubre de 2014, a las 9h00, y terminó a inicios del mes de noviembre de 2014; el tribunal de juicio tuvo una labor ardua de

examen de argumentos y de prueba, produjo una sentencia motivada, luego del anuncio del fallo en la audiencia como determina la ley, pero la sentencia motivada fue notificada el 16 de diciembre de 2014, a las 17h00, luego de algo más de un mes. Por lo expuesto, solicita se deseche el recurso planteado.

Contestación del doctor José Jaramillo Valdivieso, en representación de Iris Aracely Vergara:

La Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y de Tránsito al expedir su fallo, observó plenamente la disposición contenida en el artículo 250 del CPP y expidió sentencia por haberse probado conforme a derecho, la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado; desde fojas 11 del fallo hasta la última foja constan en forma pormenorizada los elementos constitutivos del delito y la materialidad de la infracción; en el caso del señor Héctor Adolfo Fruto Márquez, a fojas 55 consta la valoración probatoria y las normas de procedimiento relativas al artículo 309 numerales 2 y 4 del CPP, por haber demostrado una conducta típica y antijurídica y, al no haberse comprobado que en el presente caso se configure eximente de responsabilidad, la misma es perfectamente punible; la Sala actuó apegada a derecho y en efecto, la abundante prueba obtenida por Fiscalía y que fue sometida a juicio demuestra que, en el presente caso, la Sala procedió conforme a derecho. Por lo expuesto, solicita se deseche el recurso de nulidad.

Contestación del doctor José Luis Mestanza, en representación de Olga Esperanza Reyes Reyes:

El núcleo de la argumentación en un recurso de nulidad tiene que probarse como dice la ley, tanto en los requisitos de fondo como los

requisitos de forma; en el presente caso, de la teoría del caso que presentó el señor Fiscal y la acusación particular, se derivó claramente la responsabilidad y participación del procesado en el delito acusado, es decir, que se probaron las categorías dogmática de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del procesado. Consecuentemente, solicita se deseche el pedido de nulidad.

3. Procesados Douglas Augusto Yépez, Ricardo Mariano Llulluma Álvarez y Luis Ángel Sánchez, a través de su abogado defensor Ramiro Román Márquez:

No se puede confundir el plazo razonable con el plazo legal; en el caso Suárez contra Ecuador, hubo sanción por la violación al plazo razonable; la nulidad tiene relación con lo preceptuado por los artículos 286.1 y 300 del CPP porque se violó el trámite previsto en la ley; cuando dice la ley que primero intervenga el Fiscal y se entreguen las pruebas, segundo hable el acusador y entregue sus pruebas y, después dan la oportunidad para que la defensa también entregue sus pruebas, resulta que precluyen los tiempos para hacerlo y eso existió en la audiencia del juicio; se violó el artículo 119 del CPP, cuando se tomaron los partes o informes para sentenciar, por lo que se debe revisar el acta y escuchar los audios, a partir de lo cual, se encontrará que precluyó el tiempo de la prueba de la defensa, pero el señor Fiscal dijo que se olvidó de la inclusión de las pruebas, metralletas, pistolas y todo lo que pensó que debía haber incluido, lo que obviamente influyó en la decisión de la causa, porque cuando se pretendió motivar la sentencia resultó que se hizo alusión a esas pruebas; el artículo 652.10 del COIP dice que en el momento de resolver un recurso, el juzgador considerará si existieren causas que vicien el procedimiento y deberá expresarse con la nulidad.

Contestación del señor Fiscal General del Estado:

El plazo razonable es el que está dentro de los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; no se han excedido los plazos razonables, pues no han pasado diez o quince años para la resolución del recurso; no hay que olvidar que la motivación fue dada en forma verbal y que la sentencia demoró un tiempo adicional, por tanto, se cumple con el plazo razonable; a través del audio se puede comprobar que no sucedió lo alegado por parte de la defensa de los recurrentes, pues las pruebas no son de Fiscalía, sino del proceso, y por tanto hay que preservar que esas pruebas cumplan el efecto para el cual están previstas; durante el debate de la prueba fueron presentadas en el tiempo que manda la ley; el caso Suárez vs Ecuador, cuyo número 4 declaró que el Estado ecuatoriano violó en perjuicio de Rafael Iván Suárez Romero el artículo 25 de la Convención Americana en concordancia con el artículo 1.1 ibíd, hace referencia a la excesiva duración de la prisión preventiva de un ciudadano que no puede durar más allá de un año, y lo que ocurrió en ese caso, fue una prisión preventiva que había durado más de un año, por lo que considera que la sentencia favorece al criterio de lo que se debe entender como plazo razonable y la duración de prisión preventiva como plazo legal.

Contestación del doctor Juan Pablo Albán, en representación de Eufemia Dolores Vélez Parraga y Dolores Alexandra Briones Soriano:

No se va a discutir la razonabilidad de la duración del proceso, pues es sabido que sus representadas son las primeras afectadas, porque hasta este momento no hay una sentencia en firme que determine respecto de quienes asesinaron a sus esposos: el mensajero de la farmacia y un cliente; después de la sentencia Suárez Rosero, la jurisprudencia interamericana evolucionó para incluir un cuarto criterio que tiene que ver

con el grado de afectación que la demora provoca a quienes han sido víctimas de los hechos; además hay daños psicológicos como consecuencia de la demora en este proceso; además, es importante que los jueces escuchen la parte pertinente del audio de lo que podrá determinarse que en el curso del debate, la defensa de Douglas Yépez y de Luis Ángel Sánchez, en ninguno de sus argumentos hizo alusión a la necesidad de excluir la prueba por incorporación extemporánea o por preclusión y que si ésta era una situación que efectivamente consideraban que iba a afectar la decisión de la causa, debió ser tratada en el curso del debate; en el desarrollo del debate la defensa hizo alusión de esa prueba, porque como ya explicó el señor Fiscal, la prueba no es de quien la aporta, la prueba beneficia al proceso; en el escrito que se introdujo por parte de la defensa de estos procesados el 22 de diciembre de 2014 pidiendo la aclaración de algunos aspectos de la sentencia, no hay referencia alguna a esta supuesta incorporación extemporánea de la prueba, ni un pedido de aclaración sobre los motivos que llevaron al Tribunal a tomarla en cuenta. Por lo expuesto, pide que se constate la forma en que se incorporó esa prueba.

Contestación del doctor José Jaramillo Valdivieso, en representación de Iris Aracely Vergara:

Se pretende fundamentar el recurso de nulidad con el argumento que ha habido violación de trámite, porque el Fiscal General, luego de precluida la prueba, se acordó de incorporar pruebas, situación que no corresponde a la verdad; hay un audio y actas que permitirán demostrar lo contrario; hubiese sido diferente si el Fiscal, luego de terminar su exposición y pasar a la fase que hubiere correspondido, hubiera pedido por un lapsus que se incluya la prueba; debe primar el principio de buena fe y lealtad procesal, por lo que una apreciación diferente sería inducir a engaño. Solicita que

por Secretaría se revisen los audios y actas, y se proceda a desechar el recurso de nulidad interpuesto.

Contestación del doctor José Luis Mestanza, en representación de Olga Esperanza Reyes Reyes:

La carga de la prueba introducida en la etapa del juicio, tanto por Fiscalía General del Estado, como por la acusación particular, se encuentran incorporadas dentro de los plazos, términos y de un debido procedimiento, consecuentemente, no cabe la afirmación de la defensa de los procesados de que ha precluido la prueba por parte de la Fiscalía; en varias resoluciones emitidas por la Corte Nacional de Justicia, se manifiesta que el derecho a la tutela judicial efectiva exige que los Jueces que dirigen un proceso eviten dilaciones que conduzcan a la impunidad y frustren la debida aplicación judicial de los derechos humanos, pero en este caso, han pasado 13 años y aún no se ha resuelto. Por lo expuesto, pide que se apliquen principios legales y constitucionales a fin que este caso se resuelva lo más pronto.

4. Procesado Erick Aquiles Salinas Monge, a través de su abogado defensor Santiago Escobar Sarauz:

El recurso de nulidad lo plantea en base a los numerales 2 y 3 del artículo 330 del CPP; conforme el artículo 309 del CPP, se debe especificar en la sentencia la relación precisa y circunstanciada del hecho punible y de los actos del acusado que el Tribunal estime probados, mientras que el artículo 312 del CPP establece que en cuanto a la condena, la sentencia que declare la culpabilidad, deberá mencionar cómo se ha comprobado conforme a derecho la existencia del delito y la responsabilidad del acusado; en el acápite noveno de la sentencia impugnada, se hace

referencia al señor Erick Aquiles Salinas y se establece la certeza del tribunal acerca de su participación el día 19 de noviembre de 2003, en el operativo realizado en la Farmacia Fybeca, donde ocho personas perdieron la vida, sin que sea menester la identificación singularizada de quién ocasionó la muerte de cada una de las víctimas, de conformidad con el artículo 551 del CP; entonces, la sentencia no establece quiénes fueron las personas que cometieran directamente las muertes de aquellas personas y se plantea que no es necesario singularizar quien cometió esa infracción, cuando los artículos 309.2 y 312 del CPP estatuyen lo contrario; en lo que tiene relación con el numeral 3 del artículo 330 del CPP, en el acápite noveno de la sentencia, la Sala determinó que las muertes de las personas fueron causadas por heridas de proyectiles de armas de fuego y que la materialidad de la infracción se encuentra probada con un informe pericial, lo que vulnera el artículo 119 del CPP; además, se debe verificar la incorporación de la prueba material que se realizó dentro de la audiencia del juicio, puesto que se ha violado el artículo 286.1 del Código de Procedimiento Penal, pues existían bolsas en las cuales no había evidencia, con lo que también se viola el artículo 91 del CPP. Por lo expuesto, pide que se acepte el recurso de nulidad.

Contestación del señor Fiscal General del Estado:

El período de prueba fue practicado de acuerdo con nuestro procedimiento; de la lectura de la sentencia en conjunto, se aprecia que los jueces individualizaron la responsabilidad para cada uno de los procesados; además, los informes se presentaron como ayuda memoria para las declaraciones, mientras que se incorporó el testimonio de los peritos como manda la ley. Por tanto, solicita no sea aceptada la nulidad.

Contestación del doctor Juan Pablo Albán, en representación de Eufemia Dolores Vélez Párraga y Dolores Alexandra Briones Soriano:

La sentencia recurrida en nulidad de manera clara tiene una relación de los hechos, una referencia a la prueba y los efectos de la decisión tomada; se recibieron 84 declaraciones (entre testigos y peritos) y se solicitó la incorporación de diversos documentos, no solo por Fiscalía sino también por cada uno de los sujetos procesados; si las declaraciones de todos aquellos empleados de la farmacia que se encontraban presentes al momento de los hechos dentro de la farmacia fueron reiterativas, era necesario que respecto de cada una de ellas el tribunal hiciera alusión o si tenía que examinar la prueba que estaba utilizando a los efectos de la toma de decisión; hay una explicación de la prueba utilizada, una relación clara de los hechos, un examen jurídico de los hechos y de la prueba; no se tomó una decisión a la ligera, sino fundamentada; respecto al planteamiento de que no se ha singularizado la responsabilidad de los imputados en relación con cada una de las ocho víctimas, el Tribunal de Juicio, hizo alusión en su fallo a lo que dispone el artículo 451 del CP vigente para el momento en que ocurrieron los hechos, en este no había una exigencia de que se indique de manera específica; que el artículo 451 del CP dispone que cuando han concurrido a un robo dos o más personas, todos serán responsables del asesinato que con este motivo o razón se cometa, a menos que se pruebe quien lo cometió, el que los demás no tuvieran parte en éste o no pudieran remediar o impedir, implica que se está en un escenario de coautoría funcional, por lo que sí hubo un análisis separado sobre su forma de intervención en los hechos, pero no ha habido una responsabilidad real, para el momento en que lleva adelante el juicio, pues para el mes de octubre de 2014, es decir, transcurridos 11 años, no había la posibilidad de determinar con total certeza quién le disparó a quién, pero si hubo la demostración clara y suficiente de que el señor

Salinas participó en estos hechos junto con varias personas y que como resultados de ellos se produjo la muerte violenta de ocho personas; respecto de la cuestión de la forma de incorporación de la información al proceso y sobre todo de los informes policiales y periciales, no se ha violado norma alguna del procedimiento penal, pues estos se introdujeron de manera oral; y, todos, defensores, acusadores y Fiscalía, tuvieron la oportunidad de interrogar a estos expertos; en cuanto al hecho de falta de evidencia material al momento en que fue incorporada al proceso, primero habría que determinar cuál era la evidencia que faltaba y, segundo, si se está cuestionando la incorporación de la evidencia material por extemporánea al tiempo que se dice que la evidencia material estaba incompleta, o bien se incorporó o no se incorporó, pero no puede ser lo uno y lo otro. Por lo expuesto, solicita que se desechen los agravios de nulidad.

Contestación del doctor José Jaramillo Valdivieso, en representación de Iris Aracely Vergara:

El Tribunal, al expedir su fallo, tuvo la certeza de la existencia del delito y de la responsabilidad de los acusados en base a las pruebas de cargo y de descargo presentadas por las partes; en el caso de Erick Salinas se estima que una sentencia para ser reprochada debe ser específicamente fundamentada y debe analizarse la prueba en su conjunto y no de forma individualizada; en el caso de la conducta de Salinas, el tribunal considera que se han dado los presupuestos del artículo 451 del CP. Por lo expuesto, solicita se deseche el recurso de nulidad interpuesto.

Contestación del doctor José Luis Mestanza, en representación de Olga Esperanza Reyes Reyes:

No se ha fundamentado el recurso de nulidad conforme a las normas establecidas en este caso, sino que más bien existe una contradicción clara de la defensa, pues comienza su exposición indicando que debido a la abundante prueba esa audiencia duró más de dos semanas y, posteriormente manifiesta que no se ha presentado la prueba correspondiente; en las páginas 52 al 54 de la sentencia consta la participación del señor Erick Salinas. Por lo expuesto, solicita se deseche el recurso de nulidad planteado.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE EL RECURSO DE NULIDAD DEL TRIBUNAL DE ALZADA

Acerca de los límites y alcances de la nulidad, el jurista ecuatoriano Jorge Zabala Baquerizo acota que *“La nulidad es ante todo una declaración de voluntad proveniente del órgano jurisdiccional penal, provocada de oficio, o a petición de parte, por la cual deja sin efecto jurídico, total o parcialmente, un proceso penal sustanciado sin respetar las solemnidades esenciales, genéricas o específicas, previstas por el CPP para la iniciación, trámite y conclusión del proceso penal. La nulidad, como acto procesal penal, encierra una declaración de voluntad del juez, pues de lo contrario, carecería de fuerza obligatoria para restarle al proceso la eficacia jurídica que debe tener conforme a los mandatos constitucionales y legales. Pero esa declaración de voluntad se encuentra fundamentada en una previa declaración de conocimiento por la cual el órgano jurisdiccional penal expone las razones que motivan la nulidad contenida en la declaración de voluntad. Es decir, la nulidad, como acto procesal, contiene tanto una manifestación de conocimientos como una manifestación de voluntad. Ahora bien, la declaración de voluntad puede surgir ex officio, o puede ser incitada por las partes procesales a través del recurso de nulidad que surge como uno de los medios a través del cual se puede ejercer el derecho de impugnación. (...) Tal*

es la razón por la que en el momento en que el juez advierte que dicha relación se ha interrumpido, o se encuentra viciada, está obligado a declarar la nulidad con el fin de que la relación jurídica se normalice de acuerdo con los preceptos legales. Pero si el juez no hace la declaración de nulidad, las partes procesales tienen derecho de impugnar, en vía de recurso, con la finalidad de que se normalice la relación jurídica suspendida, o se sanee la viciada. Hemos dicho que la declaración de nulidad deja sin efecto jurídico todo, o parte de un proceso penal porque fundamentalmente la nulidad es un efecto, no una causa. Es el efecto necesario del vicio de procedimiento que afectó la relación jurídica-procesal. Aún más, la nulidad se nos presenta como una sanción impuesta por la omisión de las solemnidades esenciales. Por tanto, la nulidad siempre será un efecto provocado por dichas omisiones y que surge como una sanción reparadora, esto es, para restablecer la relación jurídica afectada con las indicadas omisiones. En efecto la nulidad puede comunicarse a todo el proceso penal, o a una parte del mismo, según el momento en que se haya provocado la omisión de la solemnidad formal. (...) Muchos doctrinarios han considerado el recurso de nulidad como un acto procesal carente de toda utilidad, tratando de demostrar así el desprecio hacia las formas procesales. (...) Pero no todo incumplimiento de la ley procesal penal tiene como efecto la nulidad total o parcial del proceso, sino sólo aquellos incumplimientos que digan relación con especial y esenciales formalidades que la ley prevé como tales. (...) Por lo tanto, el único soberano para determinar en cada caso concreto si el vicio de procedimiento influye o no en la decisión del proceso, es el juez a quien le corresponde conocer y resolver razonadamente sobre el vicio alegado. Las partes pueden hacer presente y exponer lógicamente cómo el vicio ha influido, o puede influir, en la decisión del juez, pero éste es el único que puede resolver en el sentido de declarar si, en efecto, el vicio de procedimiento influyó, o puede influir, en la decisión final del proceso”.²

² Zabala Baquerizo, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo IX, Editorial

Asimismo, el tratadista J. Cristóbal Núñez Vásquez subraya que *“En términos generales, podemos definir la nulidad procesal como el remedio jurídico que la ley establece para sanear los defectos o vicios de que adolecen las actuaciones judiciales, cuando irroguen un perjuicio por no cumplir con las formalidades o requisitos exigidos por la ley, en resguardo de los intereses relativos al debido proceso y al derecho a la defensa de los intervinientes en el juicio penal. Atendida la naturaleza jurisdiccional de la nulidad procesal, ésta sólo puede operar en el proceso con respecto a las actuaciones y diligencias judiciales, representadas por las resoluciones del juez y demás actos que, por mandato de éste o de la ley, deban realizar durante el juicio funcionarios pertenecientes al Poder Judicial u otras personas expresamente determinadas, como serían, por ejemplo, los peritos, los testigos y aun las propias partes. (...). Desde el momento que la nulidad persigue “sanear” los vicios que afecten a los actos procesales, sea permitiendo su convalidación, sea extinguiéndolos para siempre y hacer posible su renovación, de ello se infiere que la ineficacia que la ley dispone para ciertas actuaciones irregulares no constituye una sanción, como sostienen algunos autores, sino que más bien es un remedio para el saneamiento o corrección de la desviación jurídica que conlleva el no respeto de las formas legales del procedimiento judicial. Como norma, el incumplimiento de las formalidades procesales, es decir, de las que regulan el procedimiento penal, puede indistintamente, atendida la gravedad de la infracción provocar: ora la corrección del acto imperfecto, ora su conversión en otro que produzca consecuencias jurídicas diversas a las previstas, ora su carencia absoluta de efectos de Derecho. Entre las formalidades*

*generalmente se han comprendido por la doctrina sólo las reglas de lugar, tiempo y modo en que deben realizarse los actos procesales”.*³

Mientras tanto, para el profesor Jorge A. Claria Olmedo, la nulidad ocupa el lugar más destacado entre las sanciones procesales penales. “Consiste en la invalidación de los actos cumplidos e ingresados en el proceso sin observarse las exigencias legalmente impuestas para su realización. Imponer la sanción es declarar la nulidad del acto eliminando los efectos producidos; se lo extirpa del proceso con todas sus ramificaciones perjudiciales. Ante la existencia de un vicio en el procedimiento, la nulidad aparece como medio práctico para el establecimiento de la modalidad procesal, sin perjuicio de la subsanación, rectificación o renovación. Para poder aplicarla, es indispensable que el vicio del acto sea capaz de producirla. En el proceso penal es actuada de oficio, o a solicitud de parte por vía incidental o de recurso (impugnación). La vía incidental puede consistir en el incidente de nulidad propiamente dicho, o en el planteamiento de las llamadas “excepciones dilatorias”. (...)Otras veces surge ante la expresa prohibición de actuar, o ante la caracterización de nulo de lo actuado sin el poder para hacerlo. Insistimos en que la provisión legal de la causa es suficiente para que la nulidad sea aplicada dentro de los límites de la ley”.⁴

De otro lado, el artículo 330 del CPP, aplicable al caso, establecía las causales por las cuales las partes procesales podían interponer el recurso de nulidad (ahora ya no previsto dentro de la normativa del COIP), las cuales eran las siguientes: “Habrá lugar a la declaración de nulidad, en los siguientes casos: 1. Cuando el juez de garantías penales o el tribunal de

³ Núñez Vázquez, J. Cristóbal, *Tratado de Proceso Penal y del Juicio Oral, Tomo I, Introducción al Estudio del Proceso Penal*, p. 211.

⁴ Claria Olmedo, Jorge A., *Derecho Procesal Penal, Tomo II*, Córdoba-Argentina, 1985, p. 284.

garantías penales hubieren actuado sin competencia; 2. Cuando la sentencia no reúna los requisitos exigidos en el artículo 309 de este Código; y, 3. Cuando en la sustanciación del proceso se hubiere violado el trámite previsto en la ley, siempre que tal violación hubiere influido en la decisión de la causa”. Entonces, de manera taxativa, el CPP determinaba cuáles eran las causas por las que se puede invocar y fundamentar el recurso de nulidad.

En este contexto, cabe puntualizar que la nulidad acarrea una sanción extremadamente grave que se reserva para aquellos casos en que no existe posibilidad alguna de sostener un proceso, por faltar en él, la observancia de los presupuestos necesarios para dotarlo de validez y eficacia; de ahí que para acceder a ésta se deben observar ciertos principios procesales como especificidad, trascendencia y convalidación, esto es, que la causa de nulidad esté expresamente consignada como tal en la norma jurídica y que dicho motivo hubiese influido o podido influir en la decisión de la controversia de modo trascendente como cuando se ha afectado el derecho a la defensa de una de las partes. La naturaleza taxativa de las nulidades procesales se manifiesta en dos dimensiones: en primer término, se desprende que su interpretación debe ser restrictiva. En segundo término, el Juez sólo puede declarar la nulidad de una actuación por las causales expresamente señaladas en la normativa y cuando la nulidad sea manifiesta dentro del proceso.

En la especie, los recurrentes de manera general, basan sus recursos en las causales segunda y tercera del artículo 330 del cuerpo de leyes citado; además, han planteado una supuesta nulidad constitucional, pues a su criterio existirían vulneraciones de garantías y principios constitucionales tales como: motivación, non bis in ídem y plazo razonable.

Acerca de la supuesta vulneración de lo previsto por los artículos 286.1 y 300 del CPP, cabe anotar que luego de la revisión minuciosa de las principales tablas procesales, se advierte que durante la audiencia del juicio, todos los justiciables han ejercido su legítimo derecho a la defensa, esto es que existe constancia procesal que determina que los encartados han podido contradecir todos los elementos probatorios presentados por Fiscalía; de ahí que el hecho relativo a que el Fiscal General habría practicado prueba, luego de haber “precluido” la prueba de la defensa, esto es cuando se debía iniciar la fase de debate, deviene en un cargo meramente formal, carente de sustento jurídico de fondo para sustentar una nulidad, pues si bien el artículo 286.1 del CPP alude al orden de la prueba, no es menos cierto que aquello no puede ser considerado como una regla absoluta o como una camisa de fuerza, que condicione la posibilidad de actuar prueba al menos hasta antes de haberse iniciado la fase del debate, tal como lo establece el artículo 302 del CPP, lo cual, no ha ocurrido dentro del presente caso y tampoco ha sido planteado por ninguno de los recurrentes. Además, en este punto, cabe perfectamente traer a colación el precepto constitucional del artículo 169 de la CRE, que dice: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia (...) No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”.

En este orden de ideas, en la audiencia de juicio se han respetado todas las garantías básicas del derecho al debido proceso contempladas en el artículo 76 de la CRE, en especial, se ha permitido a la defensa de todos los procesados que contrainterroguen a los testigos de cargo y de esta manera ejerzan el principio de contradicción. Además, la figura de la preclusión de la prueba, solo operaría en el evento de que se haya actuado alguna prueba, luego de haberse concluido la etapa del juicio, lo cual, tampoco ha acontecido en el presente caso, pues, precisamente, la etapa del juicio constituye el momento procesal oportuno para producir la

prueba (artículo 79 del CPP), lo que ha sido cumplido a cabalidad por parte de Fiscalía; por tanto, los juzgadores de decisión han respetado los principios generales de la etapa del juicio y específicamente han observado los principios de continuidad, contradicción, igualdad de armas, dispositivo e inmediación, contemplados en los artículos 5.3, 256 y 258 del CPP, 76.7.c, 168.6 y 169 de la CRE.

Acerca de la supuesta conculcación de la garantía del plazo razonable, entendida como parte del componente de los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia, definido no estrictamente como un lapso de tiempo legal establecido para la toma de decisiones judiciales, sino como una valoración racional sobre la agilidad, eficiencia y efectividad con que puede contar la decisión en la garantía de los derechos de los sujetos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos “se ha ocupado a menudo en el examen del “plazo razonable” para atender una obligación o proveer a la tutela de un derecho. Para ello ha echado mano de ciertos datos provistos por la jurisprudencia de la Corte Europea, a saber: complejidad del asunto, actividad procesal del interesado y conducta de las autoridades judiciales. A la luz de esos factores o referencias se ha calificado la razonabilidad del tiempo transcurrido, es decir, la razonabilidad del plazo cuestionado”.⁵

En el caso *sub lite* se observa que si bien el tribunal de juzgamiento no ha expedido por escrito el fallo impugnado dentro del término legal, no es menos cierto que entre la finalización de la audiencia del juicio y la expedición de la sentencia por escrito, existe plena razonabilidad del plazo cuestionado, pues el tribunal de decisión requería de un tiempo prudencial, a fin de que la sentencia impugnada esté debidamente

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el caso *Kawas Fernández vs. Honduras*, 3 de abril de 2009, párrafo 14.

fundamentada; y, en este sentido, se cumplen con al menos dos de los presupuestos que exige la CIDH para que exista razonabilidad del plazo cuestionado, esto es complejidad del asunto, pues el presente expediente contiene alrededor de 64 cuerpos y agilidad en la conducta de las autoridades judiciales, en la medida en que estos han cumplido con su obligación de fundamentar. Asimismo, hay que tomar en cuenta lo preceptuado por el artículo 149 del COFJ, que dice lo siguiente: “En la Corte Nacional, cortes provinciales y tribunales, el despacho se realizará en el término de noventa días más un día por cada cien fojas, a partir de que se venza el término establecido en la Ley para resolver (...)”. En tal virtud, habiéndose efectuado una valoración racional de lo acontecido dentro del caso que nos ocupa, no se observa falta de agilidad o ineficiencia en las actuaciones de los juzgadores de primer nivel, no solo porque que no existe una demora prolongada en el procedimiento adoptado por estos, que constituya por sí misma una transgresión de alguna garantía judicial, sino porque además, hay que tomar en cuenta que los juzgadores de mérito emitieron una resolución oral, luego de que concluyó la audiencia de juicio; por tanto, también observaron fielmente lo preceptuado por el artículo 305 (deliberación) del CPP, así como el principio de oralidad previsto en los artículos 5.3 del CPP y 168.6 de la CRE; o ya en fin la demora del señalamiento de la presente audiencia, que se debió a factores externos no imputables a los juzgadores. Por tanto, la argumentación relativa a que se habría vulnerado el principio del plazo razonable, deviene en inocua para sustentar como argumento válido el recurso de nulidad.

En cuanto a la supuesta vulneración del principio del non bis in ídem, se lo rechaza de plano, porque al haber sido materia de amplia discusión y análisis tanto en la etapa intermedia, como en la del juicio, tal planteamiento deviene en un claro abuso del derecho. En efecto, en la sentencia impugnada, se lee textualmente lo siguiente: “Al haberse

planteado por los justiciables la presunta vulneración de la garantía de *non bis in ídem* (prohibición de doble enjuiciamiento), al respecto se considera que este principio es derecho del justiciable, por el cual se imposibilita el ejercicio del *ius puniendi* del Estado una vez que el hecho ha sido sancionado con sentencia o auto definitivo, a través de una nueva acción que involucre o intente sancionar los mismos hechos ya juzgados, previamente. (...) Sin embargo, los artículos: 76.7.i de la Constitución de la República, y 5 del Código de Procedimiento Penal, establecen tal prohibición, al igual que los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos. No obstante, en el caso concreto al haberse perseguido un delito común como si se tratase de un delito de función entraña una injusticia, tanto en la tipicidad cuanto en los aspectos competenciales que se derivan de tal calificación. Así el delito común debe ser investigado por la Fiscalía y sancionado, de haber mérito, por los órganos jurisdiccionales. En tanto que, la calificación de delito de función supone un factor de impunidad al ser investigado por la institución a la que pertenecen los perpetradores y juzgada por jueces que no pertenecen a la Función Judicial, sino a la Policía, de lo cual esta situación normativa exigió la adecuación a estándares internacionales de investigación y a la concreción de la unidad jurisdiccional declarada constitucionalmente desde 1998, esto para fines de igualdad ante la ley y de la no impunidad. De modo que, los hechos por los que se ha dictado auto de sobreseimiento en sede policial no cumplen el estándar internacional exigido para una investigación ágil, expedita, imparcial, etc., de lo cual tampoco existe identidad subjetiva, esto es, no hay correspondencia entre el número de procesados y sobreseídos (no condenados) en el fuero policial versus los ahora procesados, basta con cotejar los justiciables de uno y otro caso, por lo que no existe identidad subjetiva para que pueda operar la alegación de doble juzgamiento en los términos que plantean los justiciables. Esta alegación fue ya atendida en

audiencia preparatoria por el señor juez de garantías penales, debiéndose señalar que el Estatuto de Roma, del cual el Ecuador es parte, en el artículo 20.3, literales a) y b), establece presupuestos excepcionales para el juzgamiento de conductas injurídicas de mayor alarma, dentro de un entorno social organizado, ambas con relación al procedimiento observado por el tribunal para causar la impunidad del autor. Se deja así abierta la posibilidad de revisar causas que fueron juzgadas anteriormente, cuando es manifiesto que no se respetaron las garantías del debido proceso, sin que esto signifique vulneración del non bis in idem y cosa juzgada, ya que no existe cosa juzgada real, sino una aparente o fraudulenta, al no ser expresión de real justicia. Por tanto, mientras se demuestre que se han vulnerado derechos fundamentales y no se ha solucionado el conflicto jurídico, no se debe considerar que se ha configurado la cosa juzgada real, tampoco se ha garantizado el acceso a la justicia a las víctimas del delito ni su tutela judicial efectiva, conforme lo exige expresamente el artículo 23 del Código Orgánico de la Función Judicial. Consecuentemente, el reparo hacia el argumento de doble enjuiciamiento, aludido por los acusados, no es la emisión en el presente caso de un auto de sobreseimiento a su favor, sino el tratamiento irregular, dado al proceso investigativo, alejado de los estándares internacionales, para la investigación de delitos. La cosa juzgada fraudulenta o irrita es excepcional y puede darse en caso de fraude, dolo o colusión, cuyo propósito "es obtener la invalidación de los actos ilícitos cubiertos de formas procesales, realizados en perjuicio de terceros que no han litigado", y aún de los que han litigado. En este sentido se justifica su aplicación sobre la base del deber de decir la verdad al ser una forma de estafa procesal, considerándose de que debe prevalecer la justicia por sobre la seguridad. Couture, en su momento, se refirió a aquellas sentencias que de cosa juzgada solo tienen el nombre, pues en el fondo

no son sino el fruto espurio del dolo y de la connivencia ilícita, calificando a las mismas de cosa juzgada fraudulenta, y afirmando de manera categórica que la cosa juzgada obtenida con dolo, no vale como cosa juzgada. Como se observa, bajo ciertas circunstancias se justifica la improcedencia de aplicación de este principio, precisamente frente a sentencias (o autos de sobreseimiento definitivo como en el caso concreto) fraudulentas que más allá de garantizar la seguridad jurídica han perjudicado a la sociedad, tal como lo destaca la CIDH en el caso *Almonacid Arellano y otros*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 154, que dice: "En lo que toca al principio *ne bis in idem*, aun cuando es un derecho humano, reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y par tanto no resulta aplicable cuando: i) la actuación del Tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada "aparente" o "fraudulenta". Por otro lado esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria, en calidad de cosa juzgada, puesto que la exigencia de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la convención americana, desplaza la protección del *ne bis in idem*."

A partir del extenso texto citado, resulta inobjetable la amplitud con la que ha sido analizado en la sentencia, motivo de nulidad, el argumento relativo

a que se habría conculcado el principio del non bis in ídem, por lo que este Tribunal de Alzada considera anodino realizar más disquisiciones jurídicas al respecto, más allá de puntualizar que el juicio penal policial fue tramitado por delitos de función, por tanto, no se ha realizado un enjuiciamiento por ilícitos contra la vida, respecto a la muerte de los presuntos delincuentes, así como tampoco por el injusto penal de ejecución extrajudicial.

Finalmente, sobre la garantía de la motivación, la Corte Constitucional ecuatoriana, dice lo siguiente: “(...) el primero de los subderechos del debido proceso es el deber de las autoridades administrativas o judiciales de garantizar el cumplimiento de las normas o los derechos de las partes; constituye un principio fundamental para garantizar la existencia del Estado constitucional de derechos y justicia y una garantía indispensable para evitar la arbitrariedad en las decisiones y resoluciones de las autoridades administrativas o judiciales (...) El Estado constitucional de derechos y justicia se dota de una Constitución normativa, que sujeta todos los poderes a la legalidad, sitúa los derechos fundamentales en el centro del sistema y prevé para ellos garantías institucionales inéditas”.⁶ Por consiguiente, la garantía de la motivación combate el abuso del poder público, pues demanda los fundamentos que justifican la resolución judicial; y, por ende, otorga certeza y seguridad jurídica a los sujetos procesales que están en litigio dentro de una causa. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), también se ha pronunciado sobre la motivación, en los siguientes términos: “la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomadas en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Así mismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y,

⁶ Sentencia No. 035-12-SEP-CC de 08 de marzo de 2012, caso No. 0338-10EP, dictada por la Corte Constitucional ecuatoriana.

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”.⁷

En el caso que nos ocupa, y luego de haber revisado la sentencia impugnada, se observa que ésta se encuentra debidamente motivada, sobre todo, porque el tribunal de mérito ha efectuado un correcto silogismo entre el contenido jurídico y los hechos controvertidos, concluyendo en un mandato concreto, lógico y coherente, producto de un proceso de valoración jurídica, así como de una selección de las normas aplicables; de esta manera, se ha evitado la arbitrariedad y se ha cumplido con los estándares de la motivación que establece la Corte Constitucional, esto es razonabilidad, lógica y comprensibilidad; de ahí que se advierte que el fallo cuestionado reúne todos los presupuestos establecidos en el artículo 309 del CPP, especialmente, los numerales 2 y 3 del citado artículo que aluden a la enunciación de pruebas, relación precisa y circunstanciada del hecho punible y de los actos acusados que el tribunal estime probados; y, decisión de los jueces con la exposición concisa de sus fundamentos de hecho y de derecho. En consecuencia, se desecha el cargo relativo a que el fallo, motivo del recurso de nulidad, carece de motivación, o ya en fin que no cumple con todos los presupuestos establecidos en el artículo 309 del CPP.

Las demás argumentaciones de los recurrentes, tales como falta de individualización de su responsabilidad penal o vulneración de lo establecido por el artículo 119 (recepción de informes periciales) del CPP,

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, 5 de agosto de 2008, párrafos 77 y 78.

devienen en cargos ajenos al recurso de nulidad; y, por ende, se los desestiman por impertinentes y faltos de técnica jurídica.

Así las cosas, las defensas de los sentenciados no pudieron demostrar de manera fehaciente que hayan existido causas de nulidad en alguna de las circunstancias detalladas en los numerales 1, 2 o 3 del artículo 330 del CPP; o que tenga tal trascendencia que anule el proceso, conforme lo prevé el artículo 331 ibídem, que dice: “Si al momento de resolver un recurso, la Corte respectiva observare que existe alguna de las causas de nulidad enumeradas en el artículo anterior, estará obligada a declarar, de oficio o a petición de parte, la nulidad del proceso desde el momento en que, se produjo la nulidad a costa del funcionario u órgano jurisdiccional que la hubiere provocado. Sin embargo, se declarará la nulidad solamente si la causa que la provoca tuviere influencia en la decisión del proceso. Si se hubiere omitido algún acto procesal necesario para la comprobación de la existencia de la infracción, en cualquier etapa del proceso, se mandará a que se lo practique, sin anularlo.”. De esta manera, la norma procedimental penal habla del tema de nulidades procesales, el cual radica en que el vicio que afecta al acto procesal o al procedimiento, para que acarree la declaratoria de nulidad debe ser trascendente y lo es cuando hubiese influido en la decisión de la causa, de tal modo que el recurso de nulidad, es una severa sanción frente a las irregularidades procesales, que se traducen en ostensibles violaciones de los derechos del procesado, lo cual conforme párrafos precedentes no se evidencia en el proceso en análisis.

Bajo los lineamientos jurídicos esbozados, resulta innegable que en todos los casos abordados, el tribunal de juicio, al dictar la sentencia impugnada, observó a cabalidad lo dispuesto por la normativa procesal penal, sin que tampoco se evidencie vulneración de precepto constitucional

o legal alguno, pues finalmente todos los sentenciados han ejercido su legítimo derecho a la defensa; y, en este sentido, resulta indudable que se han respetado las garantías básicas del derecho al debido proceso, consagradas en el artículo 76 de la Norma Suprema; pues además, se acota que este Tribunal de Alzada, asume la postura jurídica relativa a que el vicio que produzca la nulidad del proceso, debe ser de tal magnitud que impida al acto cumplir con las finalidades para el cual fue establecido en orden al derecho o garantía que se dice violado, por tanto, no se debe tratar una irregularidad como una nulidad, ya que aquello produce prolongaciones indebidas del proceso. En esta inteligencia, se pronuncia el profesor Claria Olmedo cuando refiere que: *“confundir irregularidad con nulidad responde a un sistema formalista arcaico que felizmente hoy ha sido dejado de lado, teniendo en cuenta los fines del proceso judicial actual”*;⁸ con lo que concuerda el tratadista Luis Desimoni cuando subraya que *“admitir tal sistema (el de declarar nulidades sin haberse demostrado las graves vulneraciones) implicaría una involución que nos retrotraería al procedimiento formal de las legis actio, que el derecho romano reservaba exclusivamente a los latinos y se ajustaba a un severo formalismo, no exento de ritos, soslayando de ese modo que los tiempos modernos se inclinan hacia un procedimiento ágil donde los principios de inmediatez y economía procesal encuentren una clara respuesta”* (...) Tal es el sentido del nuevo proceso -la obtención de agilidad y celeridad- para que, quienes aspiren a alcanzar la verdad real, no encuentren el camino hacia la misma plagado de laberintos procesales, que convierten al proceso penal en una verdadera entelequia”.- Cita este autor jurisprudencia argentina, que también se ha pronunciado en esta misma línea: *“(...) Finalmente, es oportuno recordar que la posible invalidez de los actos procesales debe en todo caso ser examinada en función de la trascendencia que el pretense*

⁸ Claria Olmedo, Jorge A., *Derecho Procesal Penal, Tomo II*, Córdoba-Argentina, 1985, p. 295.

vicio presentare respecto de la garantía de la defensa en juicio. Aceptar nulidades con excesivo acento formalista se traduciría en la práctica, en muchos casos, en la invalidación de gran cantidad de procesos en los cuales, sin estar afectada una garantía esencial, la búsqueda de la verdad real se frustraría por un simple error o una involuntaria omisión”.⁹

Por las consideraciones expuestas y toda vez que el trámite observado se ajusta a derecho, al haberse garantizado a los recurrentes el ejercicio pleno de los derechos establecidos en la CRE, este Tribunal de la Sala Penal, Penal Policial, Penal Militar de la Corte Nacional de Justicia, que actúa como Tribunal de Alzada, desecha los recursos de nulidad interpuestos por los procesados Marcos Orlando Villacrés Ascencio, Héctor Adolfo Fruto Márquez, Douglas Augusto Yépez Mogro, Ricardo Mariano Llulluma Álvarez, Luis Ángel Sánchez Chilibuena y Erick Aquiles Salinas Monge y declara la validez de las actuaciones judiciales sometidas a su análisis.-

FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN Y CONTESTACIÓN:

En lo que tiene que ver con el recurso de apelación, en la audiencia, oral, pública y contradictoria, los apelantes, en síntesis, manifestaron lo siguiente:

Procesado Marcos Orlando Villacrés Ascencio, a través de su abogado defensor, doctor Iván Durazno:

⁹ Desimoni, Luis, *La prueba y su apreciación en el proceso penal*, Buenos Aires, Editorial Abaco, p. 121.

El Tribunal, en la sentencia dictada el 16 de diciembre del año 2014, aplicó el principio de favorabilidad y le condenó a su defendido en calidad de encubridor; Fiscalía, por su parte, le acusó en calidad de cómplice; los artículos 85 y 250 del Código de Procedimiento Penal (en adelante CPP) tienen como finalidad demostrar la materialidad de la infracción y la responsabilidad conforme a derecho, es decir, que para demostrar la responsabilidad penal de su defendido, deben existir los “actos criminales legalmente constituidos”, respetando lo dispuesto en el artículo 83 del CPP, en base a una prueba ordenada y practicada conforme a derecho; en el presente caso, hay prueba ilegal, como fueron las practicadas por los peritos que no tuvieron esa calidad; además, en la sentencia se dice que al rendir su testimonio hay aceptación de su defendido y que los hechos han sido comprobados, esto es que estuvo presente el día de los hechos, pero su defendido no estuvo en la farmacia, no participó en el momento mismo en que se suscitó el hecho por el que fue sentenciado, lo que significa que no tuvo conciencia y voluntad para cometer el delito, por cuanto él acudió a acordonar un sector por órdenes de un superior; en ese sentido, se puede observar que no se cumple con lo dispuesto en el artículo 88 del CPP, es decir, no hay actos unívocos y graves que conlleven a presumir su responsabilidad penal, ni como cómplice, ni como encubridor; su defendido no planificó la masacre, ni la muerte de los ciudadanos, él era un oficial subalterno que daba cumplimiento a sus funciones; se debe dictar sentencia en base a la certeza, pero en este caso, no hay elemento material, testimonial o instrumental en contra de su defendido; un perito venezolano compareció en esa calidad en la reconstrucción de los hechos, pero nunca se posesionó de acuerdo a lo establecido en el artículo 76.3 de la Constitución de la República (en adelante CRE) y las reglas previstas en los artículos 79, 80, 81, 82, 83 del CPP, por este motivo, esa pericia no se la puede considerar como prueba de su responsabilidad penal; no existe un solo testimonio, ni de los coprocesados, que involucren a su defendido

en el delito de asesinato, tampoco hay prueba documental, videos, fotos, o experticias para establecer un cruce de llamadas o mensajes, que determine su participación en el suceso. Por lo expuesto, solicita que se reforme la sentencia y se ratifique el estado de inocencia de su defendido, por no existir elementos probatorios en su contra.

Contestación por parte del señor Fiscal General:

La diligencia de reconocimiento del lugar de los hechos operó sobre la base de un convenio de asistencia penal internacional, y son esos peritos, quienes realizaron la pericia legal, por tanto, no podría catalogarse como prueba ilegal a la pericia realizada por los peritos venezolanos; la defensa del señor Villacrés mencionó que no planificó los actos y que era un oficial subalterno, sin embargo, se conoce que en este tipo de infracciones la responsabilidad también está en los subalternos que cooperan en una actividad de esa naturaleza; además, según el peritaje, él aseguró que nadie ingrese a la farmacia y en el proceso se demostró que esa protección, era para facilitar que la escena del crimen fuera modificada; de tal manera, que no es exacto decir que el señor Villacrés no tuvo participación.

Contestación por parte del doctor Juan Albán, en representación de Eufemia Dolores Vélez Párraga y Dolores Alexandra Briones Soriano:

No se ha justificado que la prueba sea ilegal, pues la incorporación de esa evidencia se realizó conforme a la ley; la práctica de la diligencia se realizó en aplicación de normas del derecho internacional, pues aquí no se dispone de tecnología, ni de los profesionales que puedan llevar a cabo esta pericia; de la lectura de la sentencia recurrida se devela que no es verdad que la decisión de condenar al señor Villacrés se base exclusivamente en lo que declaró en su testimonio como acusado, sino que hay un análisis detallado de cómo fue la intervención del señor Villacrés,

al punto que la imputación original era de autoría, por una distribución anticipada de las tareas entre los miembros del grupo de inteligencia que intervinieron en los hechos, todos ellos al mando de Eduardo González Flores, lo que demuestra que sí se tomó en cuenta toda la evidencia; finalmente el Tribunal consideró que el señor Villacrés no es autor de los hechos, sino que le condenó como encubridor por asegurar y formar un cinturón externo de seguridad; al parecer se está tratando de sugerir que el señor Villacrés estaba cumpliendo órdenes, pero la realidad es que la obediencia debida no es admisible en este tipo de evento, porque cuando se trata de estructuras jerarquizadas del Estado que tienen como función garantizar la seguridad ciudadana, real podría desplazarse la responsabilidad a aquel que estaba comandando el operativo, por cuanto la orden de matar no es una orden legítima. Por estos antecedentes, solicita se deseche el recurso interpuesto.

Contestación del doctor José Jaramillo, en representación de la ciudadana Iris Aracely Vergara:

El señor Marcos Villacrés fue parte del grupo de inteligencia que estuvo en el lugar de los hechos, antes que cualquiera de los demás elementos policiales; fue el conductor de la flecha tres e iba junto al teniente coronel González; los miembros policiales se encontraban en vehículos que no tenían placas y la prueba de este hecho además de su declaración está en la nómina de la Policía Nacional respecto a quiénes intervinieron en el operativo; con un acertado criterio, la Sala condenó al señor Marcos Villacrés, en el grado de encubridor, contradiciendo el criterio de Fiscalía que lo acusó como cómplice; la Sala determinó que como se trataba de un delito colectivo, aplicó el artículo 451 del Código Penal (en adelante CP) y, en razón de la favorabilidad, benefició al señor Villacrés. En tal virtud, considera que no es procedente el recurso interpuesto.

Contestación del doctor José Luis Mestanza, en representación de Olga Esperanza Reyes Reyes:

Los peritos venezolanos se posesionaron y acudieron conforme lo determina la ley; en ese momento, no existían peritos en Ecuador que realizaran este tipo de diligencia; se pretende desconocer el grado de participación en el hecho delictivo por parte del señor Villacrés cuando estuvo consiente de todo lo que ocurría en ese operativo, él sabía todo lo que pasaba en el interior de la farmacia, él aseguraba que se cumpliera este objetivo y hoy se pretende desconocer este acto y la participación del procesado. Consecuentemente, solicita se deseche el pedido de apelación del procesado.

Procesado Héctor Adolfo Fruto Márquez, a través de su abogado defensor, doctor Iván Durazno:

El Tribunal dictó sentencia condenatoria en contra de su defendido, por considerarle autor del delito de asesinato tipificado en el artículo 450 del Código Penal (en adelante CP), sin embargo, la sentencia está basada exclusivamente en su testimonio; su defendido fue operativo, pertenecía al grupo de intervención y rescate; sus superiores le llaman para que acuda a la farmacia Fybeca porque se estaba cometiendo un delito de robo, y como un ente operativo acude con más de 15 miembros de la Policía Nacional; su defendido no conocía que se iba a asesinar a ocho personas, y aun así fue condenado en calidad de autor del delito de asesinato; su defendido dio cumplimiento al Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, y como tal, defendió los derechos humanos de todas las personas, pues se encontraron granadas y armas de fuego, pero se hizo aparecer como que hubo un exceso de fuerza por parte de la Policía

Nacional; él nunca dio una sola orden, sino al contrario recibió órdenes; en cuanto a la distancia por las características encontradas en los orificios de entrada de los proyectiles de arma de fuego, el médico forense manifiesta que los disparos se realizaron a más de 80 centímetros; mientras tanto, los demás testimonios hacen referencia a que su defendido habría asesinado a quien en vida se llamó Richard Jácome, pero no existe prueba que determine que haya recibido disparos por la espalda; además, el ahora occiso, se le encontraron 2 disparos y no 5, como se manifestó; tampoco, en el informe de la Comisión de la Verdad, se le menciona a su defendido; se hizo referencia, entre los elementos constitutivos de la materialidad y de su responsabilidad, a los informes de las noticas técnicas, especialmente al informe de autopsia, pero ese informe sirve a su defendido, porque inclusive el perito venezolano se sustentó en fotografías, ni siquiera se sustentó en el protocolo del médico; se manifiesta que el hecho ha sido aceptado por su defendido, pero en ningún momento este aceptó ser autor del delito de asesinato; su defendido no era miembro de ninguna banda, por lo que en Fiscalía hubo falta de investigación, de cumplimiento de principios básicos, como el de la independencia judicial, así como tampoco cumplió con los principios de objetividad y de verdad para obtener las pruebas de cargo y de descargo, en tanto que el Tribunal no analizó la prueba; el uso de armas de fuego se considera una medida extrema, por lo que debe hacerse todo lo posible por excluir su uso, especialmente cuando hay niños, no se deberá usar armas de fuego excepto cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia o ponga en peligro la vida de las personas, pero en el momento de los hechos, su defendido observa granadas y por eso dispara, según el informe que consta en el proceso; se debe considerar lo dispuesto por el artículo 304-A del CPP, así como la duda razonable a favor de su defendido; también debe analizarse la legítima defensa y la obediencia debida, que la cumplió como un buen miembro de la Policía

Nacional. Por lo expuesto, solicita que se declare el estado de inocencia de su defendido.

Contestación por parte del señor Fiscal General:

La Convención Interamericana de Asistencia Mutua en materia penal establece el acuerdo para cooperar en asistencia mutua; el grupo operativo, del cual fue parte el señor Fruto, es el que ingresa a la farmacia y produce los resultados; las pruebas conducen a que el señor Fruto fue el autor de un disparo que causó la muerte de una persona en la farmacia; es evidente que no hubo ponderación de su actuación por parte de los miembros del GIR, pues lo que tenían que hacer era ponerlos a los detenidos a órdenes de los jueces, pero más bien establecieron “la pena de muerte de las personas”; se demostró que no existieron granadas y que estas fueron manipuladas y colocadas en la escena del crimen; inclusive colocaron las granadas al frente de un cliente de la farmacia que solo se encontraba comprando pañales para su hija. Por lo expuesto, considera que no hay motivo alguno para conceder el recurso planteado por la defensa del señor Fruto.

Contestación por parte del doctor Juan Albán, en representación de Eufemia Dolores Vélez Párraga y Dolores Alexandra Briones Soriano:

No es motivo de discusión que existió un asalto en curso en esa farmacia, pero no se puede reprimir la delincuencia a partir de la vulneración de los parámetros legales constitucionales e internacionales; el Tribunal descartó el planteamiento de que existió intervención con desconocimiento por parte de los agentes del GIR o que existiera un escenario de legítima defensa, frente a un acto de agresión actual e ilegítima en contra de los

propios policías u otros ciudadanos; “fue burda la colocación de la granada” al frente del cadáver que nada tenía que ver con el asalto; durante la audiencia de juicio se probó que las personas fallecidas, al momento de ser asesinadas se encontraban sometidas, rendidas, desarmadas y que por las trayectorias de los proyectiles, por los orificios de entrada y de salida que se ha podido identificar, se desprende que la mayoría de las víctimas, recibieron todos los impactos por la espalda; en las que, en la mayoría, hay evidencia forense que los disparos se habían efectuado a cortas distancias y cuando las personas se encontraban en una superficie dura, es decir, en el suelo, lo que deja un signo particular en el cadáver que se llama romanese; entonces, no hubo legítima defensa, no hubo una actuación que fuera espontánea ni en defensa de la ciudadanía; varios de los testigos y empleados de la farmacia, dieron cuenta que nunca hubo una voz de alto y que las personas fueron asesinadas una vez que se encontraban sometidas; en la escena no se pudo identificar que hubo un cruce de balas, pues las perchas estuvieron intactas; el Tribunal hizo un extenso análisis del Código de Conducta y de los principios básicos del empleo de la fuerza y las armas de fuego; hubo un acto planificado, en el que con alevosía, ensañamiento y evitando que las víctimas se puedan defender, les ocasionaron lesiones múltiples; el esposo de su defendida Dolores Vélez, recibió un total de 8 impactos de proyectiles de arma de fuego, los testigos dieron cuenta que la policía le disparó a todo el mundo, actuaron conforme a lo que en la calificación internacional se lo llama ejecución extrajudicial; el señor Fruto intervino en estos hechos de manera directa; en la sentencia existe una explicación fáctica, probatoria y jurídica, que determina que se cometió el delito de asesinato con la participación directa del señor Fruto. Por lo expuesto, solicita se deseche el argumento de apelación.

Contestación del doctor José Jaramillo, en representación de la ciudadana Iris Aracely Vergara:

El señor Fruto Márquez fue miembro del GIR y en este caso, bajo ningún punto de vista, existía la obediencia debida, lo que está plenamente demostrado en el proceso, esto es, que en exceso de sus funciones desviaron su accionar hacia un acto que ha sido repudiado por la comunidad ecuatoriana; no fue un asalto en curso porque no es posible que existan asaltantes sin armas, hubo enfrentamiento, no hubo legítima defensa, se fueron en contra del reglamento y del uso progresivo de la fuerza lo está demostrado en el proceso; en las versiones que rinde el señor Fruto Márquez manifiesta que el capitán Douglas Yépez da la voz de alerta, dice “alto policía” y después dice “granada”, pero en la versión del señor Sánchez manifiesta que el que dijo “granada” fue el señor Fruto Márquez; aquello está demostrado en el análisis sobre el uso de la fuerza y de la legítima defensa; en la sentencia se habla también del informe de comparación balística, informe de trayectoria inorgánica y los testimonios de los peritos que realizan esos informes en el que no hubo uso previsorio de la fuerza policial; por la forma y las circunstancias en que se les privó de la libertad a estas personas a las que asesinaron, se convirtieron en jueces instaurando la pena de muerte en el Ecuador; como seres humanos merecían un debido proceso en el cual debían ser entregados a la Fiscalía para que ésta a su vez investigue y determine si hubiese existido un acto ilícito. Considera que el recurso es improcedente.

Contestación del doctor José Mestanza, en representación de Olga Esperanza Reyes Reyes:

La prueba en el proceso penal es la actividad procesal de las partes, dirigida a formar la convicción en el juzgador sobre la verdad o certeza de

los hechos afirmados; hay prueba abundante y sobre todo una experticia en el arma de dotación del señor Fruto que concluye que la bala de esa arma causó la muerte a la víctima como consta en la sentencia, es decir, que se probó actuación directa. Solicita que se deseche el recurso de apelación.

Procesado Darwin Stalin Condoy Rosero, a través de su abogado defensor, doctor Ramiro Albarracín:

Con fecha 16 de diciembre de 2014, el Tribunal emitió una sentencia en contra de su defendido por considerarle encubridor del delito de asesinato y le impuso la pena de dos años de prisión, pero en base al principio de favorabilidad, se ordenó su libertad y el cese de las medidas cautelares dictadas en su contra; sin embargo, el principio de favorabilidad no ha sido correctamente aplicado, pues no solo se debió extinguir la pena, sino la acción penal, porque con la vigencia del artículo 41 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), desapareció la “figura de encubridor y quedó tipificado el autor y el cómplice”, por ende, la sentencia no está estrictamente ligada a principios legales y constitucionales; el artículo 76.1 de la CRE, señala que corresponde a toda autoridad administrativa o judicial garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes y, más aún, en caso de conflicto de leyes, el artículo 76.5 Íbid también es expreso y claro, de ahí que en base al principio de favorabilidad debió haberse extinguido la acción penal a favor de su defendido; el argumento anterior se robustece con lo señalado en el artículo 5.1 del COIP respecto a que no hay infracción penal, pena, ni proceso penal, sin ley anterior al hecho, lo que debía cumplirse, pues no podía considerarse como encubridor de este delito a su defendido porque desapareció esta “tipificación” en el COIP; el artículo 72.2 del COIP hace referencia a la forma de extinción de la pena, cuando dice “por ley posterior más favorable”, siendo el COIP más favorable que el CP. Por lo expuesto, pide

se declare extinguida la acción penal a favor de su defendido, en base al principio de favorabilidad.

Contestación por parte del señor Fiscal General:

En el presente caso, se dictó una sentencia condenatoria por el delito de asesinato, cometido bajo la modalidad de ejecución extrajudicial, por lo tanto, la extinción de la acción penal no corresponde por tratarse de ese delito; Fiscalía probó que los presuntos asaltantes a una farmacia, fueron objeto de disparos cuando se encontraban en el piso, por lo que la extinción de la acción penal, en un delito tan grave como la ejecución extrajudicial, no puede ser entendido como un presupuesto de favorabilidad.

Contestación por parte del doctor Juan Albán, en representación de las acusadoras particulares Dolores Vélez y Dolores Briones:

Las causales de extinción de la acción penal están contempladas en el artículo 416 del COIP; en el derecho penal, como parte del derecho público, rige el principio de orden público, esto es que solo se hace aquello que la ley de manera expresa faculta, por lo que para declarar la extinción de la acción penal, debe haber una causal; si lo que se discute es una posible irretroactividad de la ley más favorable; precisamente, ese fue el criterio que tuvo el Tribunal al momento de resolver la situación jurídica del señor Condoy, porque a pesar de que los hechos ocurrieron bajo la vigencia del CP y el procesamiento comenzó bajo el régimen del CPP, al haber entrado en vigencia el COIP, aun determinándose la responsabilidad penal, ya no era posible obligar al procesado a cumplir las consecuencias jurídicas que la norma preveía, esto es cumplir la sanción; por tanto, en aplicación del artículo 72 del COIP se declaró extinguida la pena, al constar expresamente en las causales de dicho artículo el hecho de que aparezca una norma más favorable; el señor Condoy no ha cumplido la

pena y no la va a cumplir, ya que se extinguió, pero eso no significa que no tuviera responsabilidad penal; la acción penal se ejerció a tiempo y no se extinguió bajo las causales legales. En consecuencia, solicita se deseche el planteamiento formulado a nombre del señor Condoy por su defensa técnica.

Contestación por parte del doctor José Jaramillo, en representación de la acusadora particular Iris Vergara Echegaray:

Se ha aplicado en debida forma en la sentencia el principio de favorabilidad, por lo que pide se ratifique la sentencia expedida en contra del recurrente.

Contestación por parte del doctor José Mestanza en representación de la acusadora particular Olga Reyes Reyes:

Sobre la pena y la extinción de la acción, la ley claramente determina las causales de extinción en el artículo 416 del COIP, consecuentemente solicita se deseche el recurso presentado por el señor Condoy Rosero.

Procesado Carlos Eduardo Pérez, a través de su abogado defensor, doctor Carlos Dávila:

La sentencia emitida por el Tribunal, el 16 de diciembre de 2014, las 17h00, condenó a su defendido por el delito de asesinato, en calidad de encubridor, para lo cual, Fiscalía tomó como prueba en su contra el testimonio del Fiscal Roberto Cabrera, a quien el Tribunal dispuso que se le abra un expediente administrativo por haber mentido; se incorporaron documentos de los que se derivaría que una de las señoras denunciante dijo haber presentado la denuncia a su defendido, cuando está dirigida al fiscal Roberto Cabrera, quien, al rendir su testimonio, aceptó que él fue el fiscal de la causa; Fiscalía también sostuvo que su defendido era

responsable de acuerdo al informe del General Marcelo Vega Gutiérrez, Inspector General de la Policía Nacional, sin embargo, del proceso consta la participación de su defendido en dicho informe, dando validez a las diligencias que realizó el Inspector de Policía, entre ellas, la toma de versiones a las acusadoras; entonces, sin ser el Fiscal de la causa, su defendido colaboró con la Policía Nacional; además, tenía a su cargo la investigación de presuntas desapariciones (materia de otro juicio), por lo que en el presente caso, únicamente apoyó a la Policía Nacional; Fiscalía también presentó como prueba de cargo en contra de su defendido, el informe del doctor Arturo Donoso, quien actuó como perito y experto sin tener esas calidades; por el bien del Estado y la ciudadanía, resulta necesario que se frene el poder excesivo que tiene Fiscalía para acusar, pues, inclusive, en el ámbito administrativo, su defendido ha sufrido abusos por parte de Fiscalía, porque luego de ganar un concurso para ser Fiscal, no le dieron paso; tampoco se cumplió con el objeto de la prueba, ni existe nexo causal entre la infracción y la responsabilidad de su defendido. Por lo expuesto, solicita se declare el estado de inocencia de su defendido.

Contestación por parte del señor Fiscal General:

El señor Carlos Pérez fue procesado como funcionario judicial, porque conoció y tenía la obligación jurídica de investigar los hechos que habían sido puestos a su conocimiento y que obedecieron a su propio pedido; esto es, que el señor Pérez solicitó el expediente y no realizó nada al respecto; además, el doctor Arturo Donoso, actuó conforme a una Resolución del Consejo de la Judicatura y fue escogido de los centros universitarios reconocidos tanto a nivel nacional, como internacional, por su capacidad de transmitir conocimientos técnicos a sus estudiantes; en base a su conocimiento, estableció los estándares nacionales e internacionales que en un caso de esta naturaleza debieron cumplirse, por lo que la objeción

carece de fundamento; no existe animadversión en contra del señor Pérez, quien no tenía derecho a optar para ser fiscal, al estar vinculado a este caso, por una omisión a su deber fundamental de investigar una denuncia puesta a su conocimiento. Por lo expuesto, Fiscalía sostiene que el recurso planteado por el señor Pérez no estaría previsto en las causales para su procedencia.

Contestación por parte del doctor Juan Albán, en representación de las acusadoras particulares Dolores Vélez y Dolores Briones:

Efectivamente, el fiscal Roberto Cabrera, fue quien más referencia hizo a la intervención del señor Pérez, pero también hubo documentación, a través de la cual, se incorporó evidencia que demuestra que este último, fue quien estaba a cargo de la denuncia que presentó la señora Dolores Vélez por el asesinato de su esposo y no desarrolló investigación alguna; es más, el propio señor Pérez reconoció que no hizo nada y más bien pidió que se le remita la denuncia presentada por Dolores Vélez bajo el argumento de que él estaba investigando los acontecimientos sucedidos en la farmacia Fybeca el 19 de noviembre de 2003; este hecho lo explicó Roberto Cabrera, quien violó sus deberes, en tanto que el señor Pérez guardó la denuncia y nunca investigó nada; el encubrimiento en el CP, como forma de participación penal, entre otras posibles situaciones, contemplaba la alteración de la verdad, esto es, aquellas personas llamadas en razón de su profesión o empleo, de su arte u oficio que oculten o alteren la verdad con el propósito de favorecer al delincuente; el señor Pérez durante su intervención en el marco de la audiencia primero acusó a su defendida de haber perjurado, cuando en el expediente consta la denuncia que ella presentó y que él la recibió; también dijo que había sido objeto cinco veces de robo agravado, que su madre había fallecido como consecuencia de la tensión que le ocasionó su sometimiento a un proceso penal, pero no justificó por qué no había hecho nada, pese a que se le preguntó de

manera reiterada por qué no investigó; desde 1991 existe el Protocolo de Minnessota para los operadores de justicia adoptado por la ONU, pero ninguna de las pautas previstas en esa normativa internacional fue observada por el señor Pérez, quien lo único que hizo fue archivar la denuncia de Dolores Vélez, aun cuando estaba jurídicamente llamado a esclarecer el hecho; pese a lo señalado, el señor Pérez se benefició del principio de favorabilidad y no cumplirá ninguna pena, lo que no implica que se pueda hacer en su contra una atribución de responsabilidad penal, bajo la legislación que estaba vigente a la época de los hechos y con la que inició este proceso. Por lo expuesto, solicita sea descartado el argumento planteado por la defensa técnica del señor Pérez.

Contestación por parte del doctor José Jaramillo, en representación de la acusadora particular Iris Vergara Echegaray:

En el caso del recurrente doctor Carlos Pérez Asencio, su responsabilidad penal fue debidamente demostrada conforme la normativa vigente en ese entonces, los antecedentes de hecho que constan en el proceso y su actitud “rayando” en el prevaricato, pues tenía el deber jurídico de impulsar la investigación y no lo hizo, por lo que con su omisión se generó la violación de importantes garantías y derechos constitucionales. Por tanto, pide que se ratifique la sentencia emitida en su contra aun cuando el principio de favorabilidad benefició al recurrente.

Contestación por parte del doctor José Mestanza en representación de la acusadora particular Olga Reyes Reyes:

La argumentación del recurso de apelación presentado por la defensa técnica del procesado Pérez Asencio no reúne los requisitos que la ley determina y exige para que se fundamente técnica y jurídicamente; en la sentencia de 16 de diciembre de 2014, consta debidamente motivada el

grado y responsabilidad del acusado Carlos Pérez Asencio por el “delito de omisión”, al no haber investigado una denuncia presentada por una de las víctimas. Consecuentemente, al carecer de fundamentación el recurso de apelación, solicita se lo deseche.

Procesado Erick Aquiles Salinas Monge, a través de su abogado defensor, doctor Santiago Escobar:

Amparado en lo dispuesto en el artículo 343.2 del CPP, interpone recurso de apelación de la sentencia emanada el 15 de diciembre de 2014, las 17h00; a su defendido se le impuso la pena privativa de libertad de 16 años de reclusión mayor extraordinaria por el delito tipificado y sancionado en el artículo 450 en concordancia con los artículos 451 y 42 del CP; sin embargo, Fiscalía, solo a través de prueba indiciaria, sostuvo que su defendido estuvo al interior de la farmacia y que se encontró un proyectil de un revólver, cuando no se determinó que esa bala correspondía a su defendido, así como tampoco, que este la haya disparado; entonces, en ningún momento se pudo verificar que su defendido de manera directa e inmediata tenga dominio en el acto y haya disparado a una persona tal como lo dispone el artículo 42 del CP; pues además, al rendir su testimonio, su defendido nunca afirmó que hubiera estado dentro de la farmacia cuando se cometieron los asesinatos a las personas; por consiguiente, no se determinó que el arma le pertenecía a su defendido y tampoco existe prueba que establezca que haya sido visto dentro de la farmacia; no se determinó el nexo causal que exige el artículo 88 del CPP; los testimonios de Rafael Hernández (periodista) y del sargento José Chano (miembro policial), concuerdan en que vieron a su defendido fuera de la farmacia. En consecuencia, pide que se acepte el recurso de apelación y se ratifique el estado de inocencia de su defendido.

Contestación por parte del señor Fiscal General:

En la audiencia de juzgamiento, varias versiones evidenciaron que el señor Salinas estuvo dentro de la farmacia; no debe olvidarse que al hacerse el reconocimiento del lugar de los hechos, constan las fotos en donde está el señor Salinas, cubriendo la cabeza de una persona que luego desapareció; además, se observa que tenía un arma de tipo manual y se encuentra dentro de la farmacia un proyectil que corresponde a ese tipo de arma; la prueba indiciaria está reglada en el CPP y cuando los jueces comprobaron que se cumplía los estándares legales establecidos, de tal manera que desestimar la prueba indiciaria no tiene cabida en nuestro sistema; el señor Salinas, sin ser policía, indujo al cometimiento de esta infracción, pues estuvo armado, tenía esposas y detuvo a una persona a quien le cubrió la cabeza y que luego desapareció. Por lo expuesto, lo afirmado por la defensa no concuerda con los hechos probados dentro del proceso.

Contestación del doctor Juan Albán en representación de las acusadoras particulares Dolores Vélez y Dolores Briones:

La autoría directa no es la única forma de autoría que existe en el ámbito penal; en la sentencia impugnada se aplica el artículo 451 del CP, que nos coloca en el escenario de autoría o coautoría funcional, es decir, donde existiendo varios partícipes se han distribuido responsabilidades en la comisión del hecho y todos tienen una intervención, siendo imposible individualizar quien ocasionó la muerte de las personas; en el caso de la víctima Guime Córdova (cadáver No. 6), no fue posible determinar la autoría del disparo, pero el único indicio respecto a la posible presencia del señor Salinas en la escena, se encontró junto a la cabeza del cadáver No. 6; la prueba indiciaria es reconocida tanto por el CPP, como por el COIP,

ambos instrumentos legales aceptan la prueba de indicios, en la medida en que la existencia de la infracción haya sido acreditada por otra vía probatoria; de ahí que a efectos de demostrar la responsabilidad, la prueba de indicios es admisible; en el caso, la prueba de indicios trasciende del mero proyectil calibre 38, pues en una fotografía incorporada al expediente en copia certificada por el autor de la misma (un periodista del diario El Universo), se observa claramente que el señor Salinas porta un revólver calibre 38 en su bolsillo; existe un indicio adicional que es el hecho relativo a que el testimonio de otras personas, dieron cuenta que este se conocía con el señor González y que había trabajado con él, en otros operativos; además, hay varios testigos que lo vieron en el lugar, lo ubican en la escena, a pesar de que no dijeron que estaba dentro de la farmacia; el señor Salinas nunca pudo explicar cómo es que terminó en la escena con tal nivel de diligencia, pues dijo que se dedicaba a tareas de investigación, y el día de los hechos, iba en un bus, le pareció que ocurría algo, mientras trataba de identificar quién había robado un container, se bajó del bus y en ese momento un agente de la Policía Nacional le entregó unos detenidos; más allá de los indicios, consta una referencia directa que coloca al señor Salinas dentro de la farmacia y es el testimonio de Saidi Vélez, por tanto, existe prueba testimonial y no solo indicios como el proyectil calibre 38 encontrado junto a la cabeza de la víctima Gime Córdova, cuando ninguna de las armas de dotación que portaban los policías dentro de la farmacia, tenía ese calibre. Por lo expuesto, pide que el recurso planteado por la defensa del señor Salinas, sea desechado.

Contestación por parte del doctor José Jaramillo, en representación de la acusadora particular Iris Vergara Echegaray:

La participación del señor Salinas en el operativo que dio lugar a este proceso, es un hecho incuestionable, inclusive admitido por el propio

encausado, situación que lo coloca proactivamente en la escena del crimen, es decir, el señor Salinas aceptó haber actuado en forma libre y espontánea a colaborar con sus ex compañeros de la institución policial pese haber sido dado de baja; técnicamente el hecho de su participación y aceptación expresa le da el carácter de indivisibilidad a su declaración conforme establecen los artículos 143 y 144 del CPP; el hecho de haber participado en el acto demuestra que subsumió su conducta a lo establecido en el artículo 450 en relación con el 451 del CP. Por tanto, solicita se deseche el recurso de apelación interpuesto.

Contestación por parte del doctor José Mestanza en representación de la acusadora particular Olga Reyes Reyes:

Se pretende negar la participación del señor Salinas en el operativo de la farmacia Fybeca, cuando en la versión del mismo procesado se confirma su presencia, lo cual, es corroborado también con las versiones de Darwin Stalin Condoy Rosero (oficial de policía), José Chano Calispa (oficial del GIR), Sergio Gaibor Bozquez (oficial de policía) y Yonel Angulo Medina (oficial del GIR); así también lo determina la experticia de valoración de estándares jurídicos internacionales en la judicialización de casos constitutivos de graves violaciones de derechos humanos practicada por el doctor Arturo Donoso Castellón quien manifestó que los ciudadanos que no constan en la organización policial se configuran como agentes encubiertos, infiltrados e informadores y por tanto son autores de los crímenes que involucran al Estado; se determina su participación también con la reconstrucción de los hechos y con el informe de Inspectoría General de la Policía realizado por el General Marcelo Vega, de los que se desprende que el procesado sí estuvo en la farmacia Fybeca. Por lo expuesto y por cuanto existen pruebas contundentes demostradas en la

etapa de juicio tanto por la Fiscalía General, como por acusación particular, solicita se deseche el pedido de apelación.

Procesado Mario Rodrigo Cevallos Loachamín, a través de su abogado defensor, doctor Diego Solís:

El hecho acontece el 19 de noviembre de 2003, en la ciudad de Guayaquil, en las afueras de la farmacia Fybeca, ubicada en el sector de La Alborada; su defendido, a esa época pertenecía a la institución policial, específicamente al grupo de inteligencia y prestaba sus servicios laborales al mando del Mayor de Policía Eduardo González Flores, quien fue su jefe inmediato superior, es decir que su defendido era un subordinado policial que debía cumplir órdenes superiores; el día de los hechos, su defendido, cumpliendo su labor policial, por disposición del Mayor González, acompañó en la patrulla que se dirigía hacia el sector de Las Orquídeas, en busca de uno de los delincuentes más buscados de esa época de nombres Carlos Castro Carpio, alias “El Marino”; sin embargo, al pasar por las afueras de la farmacia Fybeca, el Mayor Eduardo González da la disposición de que se detengan, pues se presumía que iba a suceder un acto delictivo en la farmacia, manifestándole a su defendido que iba “a ser sus ojos y oídos” frente al acto que iban a repeler; su defendido cumpliendo con la obediencia debida (obediencia jerárquica, en términos policiales), se acercó a las afueras de la farmacia, compró unos periódicos cerca del lugar para observar a los sujetos que iban a cometer el acto, vio que ingresaban en los parqueaderos de la farmacia tres vehículos, uno de ellos un Honda Civic del que se bajaron tres personas armadas, entre quienes se encontraba José Cañar; las personas armadas desmontaron un fusil con características de un AK-47, por lo que al constatar la magnitud del arma, su defendido se identificó como miembro policial y dio la voz de alerta con el fin de repeler el hecho, pero cuando se acercó, el señor José Cañar trató de utilizar el fusil AK 47; en vista de que los

presuntos delincuentes no acataron la disposición de “alto”, su defendido utilizó su arma de dotación, cuyos disparos impactaron en la humanidad del señor José Cañar; esos fueron los hechos por los que a su defendido se le impuso la pena de 16 años de reclusión mayor especial; sin embargo, ni Fiscalía, ni acusación particular, pudieron justificar con prueba plena que su defendido sea sujeto activo del delito de asesinato, por el contrario, se justificó que éste actuó bajo causas de justificación contempladas en el artículo 24 del CP, lo que le excluye de responsabilidad penal, pues su defendido no tuvo otro medio para repeler la probable actuación delictiva que iba a perpetrarse en las afueras de la farmacia Fybeca; en efecto, su defendido utilizó su arma de dotación para evitar que se utilice un fusil de alto poder destructivo, como así lo manifestaron los peritos venezolanos, indicando que esa arma tiene un poder tan destructivo que puede traspasar un vehículo blindado; además, las pericias demostraron que esa arma estaba apta para ser utilizada y que tenía sus cartuchos completos; entonces, el estado de necesidad hizo que se vulnerara el bien jurídico protegido, esto es la vida del señor José Cañar, pero su defendido actuó bajo su misión policial de evitar un daño más grave, tal como exige la norma, por ello el Tribunal de primer nivel inobservó el artículo 24 del CP; en este sentido, el numeral Noveno de la sentencia impugnada, solo hace una escueta relación acerca de su participación; mientras tanto, su defendido señaló en su testimonio que actuó a espaldas del señor José Cañar al ver que personas se bajaron del vehículo Honda Civic, con un fusil de alta peligrosidad, enseguida se identificó y gritó “alto, policía” para evitar la actuación delictiva, pero en la sentencia se dice que realizó disparos a corta distancia, lo que es contrario con lo manifestado por el doctor Jorge Córdova Ortuño, quien practicó los protocolos de autopsia de las 8 personas fallecidas, entre ellas, del señor José Cañar y concluyó que los disparos fueron a larga distancia (más de 80 cm.), por ello, la sentencia no guarda coherencia, ni congruencia con los medios probatorios

aportados por Fiscalía, que no condujeron a la certeza de que su defendido sea autor del delito que se juzga. Por lo expuesto, pide que se analice el estado de necesidad, como causa de justificación.

Contestación por parte del señor Fiscal General:

De las fotografías que constan del proceso, se desprende que el señor José Cañar Reyes, presenta en su cuerpo 4 orificios de entrada y 4 de salida; la trayectoria intra orgánica, es de atrás hacia adelante, esto es que le dispararon por la espalda; los orificios de salida Nos. 2 y 4, presentan una característica que se conoce en la ciencia forense como el signo de romanese, que según el perito José Ortuño, evidencia que una persona fue disparada contra un cuerpo duro; además, en la audiencia de juzgamiento se determinó que adyacente al cadáver se localizaron vainas, que al ser sometidas a la comparación balística resultaron positivas con el arma de fuego Glock modelo 26, serial CSG-566, calibre 9 mm. que pertenece al señor Cevallos; asimismo, se demostró que el arma AK-47 ni siquiera fue utilizada; el señor Cevallos dijo que vio que la víctima le apuntó con el arma AK-47, pero en las fotografías no está dicha arma al lado de la víctima; y, en el caso de que la víctima haya actuado así, los disparos los hubiese tenido de frente, pero la pericia demuestra otra cosa; la ley dispone que el mal sea real, pero en este caso, el mal no se evidencia, pues el arma AK-47 no fue utilizada. Por estas razones, Fiscalía considera que la teoría de la defensa no tiene asidero.

Contestación por parte del doctor Juan Albán, en representación de las acusadoras particulares Dolores Vélez y Dolores Briones:

Entre otras cosas, se dijo que el señor Cevallos estaría amparado por diversas causas de justificación: la obediencia debida, pero cuando se trata de violaciones a los derechos humanos ésta, no tiene validez, así se ha pronunciado la jurisprudencia tanto del sistema interamericano, como del europeo de derechos humanos, que la descartan, porque ante graves violaciones de derechos humanos la orden es manifiestamente ilícita; además, el supuesto necesario para que opere la causal de justificación es que la orden debe ser lícita, pero la orden de matar a una persona jamás puede considerarse lícita, por lo que no cabe tal alegato, cuando se conoce que esa no es la función institucional de la Policía Nacional; se dijo que la segunda causal de justificación es la legítima defensa, pero para que aquella opere debe haber una agresión actual ilegítima y una proporcionalidad en los medios empleados para defenderse, sin embargo, a partir de fojas 10 de la sentencia consta la declaración del perito balístico Jesús Suárez, quien da cuenta de cómo se recuperaron los proyectiles (4) frente a 6 vainas percutidas, disparadas por la misma arma de dotación que tenía el señor Cevallos; además, el perito dijo que la víctima al momento de recibir los disparos se encontraba sobre una superficie dura, aspecto que debe relacionarse con el testimonio de la médico forense Tania Colmenares, quien da cuenta que el cadáver presentaba 4 orificios de entrada y 4 de salida, todos los orificios de entrada en la parte posterior y los de salida presentaban el signo característico de romanese que es una quemadura particular y derrame que se produce como consecuencia de que la víctima al momento de recibir el disparo, se encuentre colocada sobre una superficie dura, en este caso el piso; lo anotado, también concuerda con el testimonio del perito planimétrico Víctor Rivero, quien refiriéndose a la víctima José Cañar, dijo que presenta relación numérica de 4 orificios de entrada y 4 de salida, que el origen de fuego y el tirador al momento de realizar los disparos se encontraba en la parte posterior y la víctima en posición de decubito ventral, por lo que no cabe alegar la

legítima defensa; además, el propio señor Cevallos dijo que no conocía lo que ocurría dentro de la farmacia, porque él nunca ingresó, pues se encontraba afuera. Por lo expuesto, pide que se desechen los agravios de apelación.

Contestación del doctor José Jaramillo, en representación de la acusadora particular Iris Vergara Echegaray:

No existe causa alguna de justificación en un hecho aceptado por el acusado; ninguna normativa racional acepta que exista la posibilidad de que una persona no pueda incumplir una orden ilegítima; ninguna disposición puede ir en contra de los principios constitucionales; en el presente caso, jamás hubo causa alguna de justificación; por tanto, no han variado las condiciones que han motivado la interposición del recurso. Pide que se confirme la sentencia y se deseche el recurso interpuesto.

Contestación por parte del doctor José Mestanza, en representación de la acusadora particular Olga Reyes Reyes:

No existió estado de necesidad por cuanto la víctima José Cañar, estaba sometida en el piso tal como lo determinan las experticias y la prueba aportada en etapa de juicio; no hubo peligro inminente, pues el informe de trayectoria balística concluye que todas las vainas pertenecían al arma de dotación marca Glock 9 mm. del procesado Cevallos; así lo determinaron también los informes de levantamiento planimétrico y el informe de reconstrucción de los hechos; el señor Cevallos tenía pleno conocimiento de todo el operativo, desde un inicio, porque fue la persona que fungía de vendedor de periódicos y posteriormente se determinó su actuación en el

hecho que se acusó. Por tanto, pide que se deseche el pedido de la defensa del procesado.

Procesados Darwin Suárez Flores y Luis Cevallos Rosero, a través del doctor Luigi García:

En las dos sentencias impugnadas se les impone a sus defendidos la pena de dos años de prisión, por encontrarles responsables en el grado de encubridores del delito de asesinato tipificado en el artículo 450 numerales 1, 4, 5 y 6, en concordancia con el artículo 44 del CP, pero el Tribunal, aplicando el principio de favorabilidad para ambos procesados, ordena el cese de las medidas cautelares de carácter personal y real que fueron dictados en su contra; de ahí que la extinción no debió ser solo de la pena, sino también de la acción (artículos 5.2, 16.2 y 72.2 del COIP), por lo que solicita la extinción de la acción única y exclusivamente para sus dos defendidos; sin embargo, en caso de no aceptarse tal postura, añade que Fiscalía y acusación no solo debían demostrar la materialidad de la infracción, sino también la responsabilidad de sus defendidos, como lo exige el artículo 304-A del CPP; a manera de antecedentes del caso, el General Poveda ordenó el traslado del Mayor González a la ciudad de Guayaquil para que investigue un supuesto atentado en contra del General Cuvero y del alcalde Jaime Nebot; la noche anterior a los hechos que se juzgan, el Mayor González informa a sus defendidos que a las 06h00, debían formar en la Policía Judicial, sin mencionarles que iba a llevarse a efecto un asalto en farmacia Fybeca, es decir, que no se conocía que se iba a generar una emboscada a los supuestos delincuentes; y, actualmente, un testigo protegido de Fiscalía informa que dos policías, miembros de ese operativo, estaban inmersos dentro de la supuesta organización que iba a asaltar la farmacia; sus defendidos no tuvieron conocimiento, ni voluntad, y por ende no tuvieron responsabilidad penal, no planificaron, ni tuvieron el domino del hecho, por esta razón, el señor

Suárez estaba sin chaleco y sin arma de dotación; la prueba científica que demuestra la inocencia de sus defendidos es la que realiza el perito venezolano Víctor Pernía, quien establece que el señor Suárez nunca ingresó a la farmacia, ni utilizó su arma de dotación, sino que siempre se mantuvo a 98 m. de la puerta principal de la farmacia, es decir, que nunca custodió, ni aseguró la zona, pero el Mayor González le dispuso que se tomen datos a los testigos presenciales (empleados de la farmacia) y que luego sean trasladados a la Policía Judicial y se les recepte una versión; entonces, el señor Suárez, actuó de esa manera, porque es obediente, subordinado y no deliberante cuando existe una orden jerárquica superior; en cuanto al señor Cevallos se determinó que únicamente portaba una radio con señal abierta y que se le ingresó en la cajuela de un vehículo; las órdenes las daba el Mayor González directamente al oficial que se trasladaba en ese vehículo como flecha; en esas circunstancias, fue el señor Angulo, chofer del vehículo, quien le abrió la cajuela del vehículo porque no se abría internamente, para que el señor Cevallos descienda del vehículo y se traslade a la esquina de dicho sector, a 100 metros de distancia, a desviar el tráfico y precautelar la vida de las personas inocentes, que podían ingresar al sector donde se desarrollaba el asalto en curso; en cuanto al señor Suárez, el Tribunal dice que “colaboró procurando la intimidad de los hechos con el lugar de los hechos y el tiempo suficiente para que la escena del crimen sea manipulada y modificada, todo esto tendiente a que los responsables del delito no sean sancionados (...)”, por lo que no se cumplen los presupuestos establecidos en el artículo 44 del CP; además, no se aplicó el principio de igualdad procesal ante la ley, porque Fiscalía se abstuvo de acusar a los señores Edgar Córdova, Yonel Angulo y Wilson Maldonado, quienes si bien no dispararon, estuvieron dentro y fuera de la farmacia; cuál es el delito de desviar el tráfico, ante el desarrollo de un hecho de tanta magnitud, para precautelar la vida de personas o vehículos que puedan pasar por el sector

y no para ocultar evidencias o alterar la escena de delito. Por lo expuesto, solicita se ordene la extinción de la acción penal en favor de sus defendidos o se ratifique su estado de inocencia.

Contestación por parte del señor Fiscal General:

La teoría de que los procesados actuaron sin conocimiento, no se sostiene pues la defensa ha dicho que el operativo fue montado para detener al más buscado de esa época alias “El Marino”, quien estaba preparando un ataque contra la vida de un general de policía y del alcalde de Guayaquil; sin embargo, el operativo no se cumplió, porque “sorpresivamente” el operativo se trasladó al asalto a una farmacia, lo cual, no se entiende cómo llega el Mayor González a la farmacia Fybeca cuando dirigía un operativo en otro lugar de la ciudad; el Mayor González esperó a que las “flechas” salgan de la Policía Judicial, pero él no fue con la “flechas”, sino directamente a la farmacia y con una “capacidad de memoria impresionante”, recuerda la placa del carro blanco que estaba reportado como robado, lo que en ciudades como Guayaquil, en la que el reporte de vehículos robados es sumamente alto, aquello sería casi imposible; desconoce por qué los policías no fueron dotados de chalecos antibalas para el operativo en contra de “El Marino”, pero en cambio, se demostró que el fusil AK-47 y las granadas fueron implantados en la escena del crimen, además, la voz de “alto policía, peligro de granada”, no fue escuchado por ninguno de los trabajadores de Fybeca, por lo que no fueron con chalecos ni armas, porque sabían que iban a actuar sobre seguro, tanto para el operativo para perseguir a “El Marino”, como para ir a la farmacia Fybeca; los señores Suárez y Cevallos proporcionaron los medios y aseguraron que ninguna persona fuera de la policía, pudiera observar lo que pasaba, es decir, que alejaron a las personas para que no observaran lo que ocurría en el interior de la farmacia; además, participaron en la alteración de la escena de los hechos, por tanto,

facilitaron la operación que se supo fue previamente pactada con miembros policiales, por lo que esas actuaciones fueron juzgadas por el Tribunal. Por estas razones, considera que el recurso de apelación no tiene un sustento legal, ni fáctico.

Contestación por parte del doctor Juan Albán, en representación de las acusadoras particulares Dolores Vélez y Dolores Briones:

Las causales de extinción de la acción penal están determinadas en el artículo 416 del COIP y en ellas no se encuentra el planteamiento de que no habría la intención de perseguir el hecho, porque no existiría la figura de encubridor, sino al contrario, no es que el legislador ecuatoriano considera que esa conducta no es lesiva, sino que es un delito autónomo y le asigna una pena mucho más alta, porque la expectativa máxima de pena para el encubrimiento era de dos años y no había límite mínimo, pero ahora la pena para el fraude procesal es de tres años; la prueba determinó que el señor Suárez estuvo en la escena; además, al rendir su testimonio, el señor Suárez dijo que entró a la farmacia por disposición superior, al concluir el evento, entró a interrogar al personal de la farmacia, pero los testigos Santos Dávila, Peña Campoverde, Guerrero Montalván y Cevallos Sandoval, señalan que fueron conducidos a una bodega y encerrados en ese lugar por más de dos horas, sin que les hayan dicho nada; también se demostró que la escena fue alterada con el arrastre de varios cuerpos y la desaparición de varios elementos de convicción, es decir, que su participación contribuyó a garantizar la continuidad del operativo, a fin de que se actuara sin testigos y se alterara la escena; la imputación por parte de acusación particular fue en grado de complicidad, pero el Tribunal le encasilló en el grado de encubridor; los señores Suárez y Cevallos facilitaron la actuación de otros, ocultando los resultados de la infracción y garantizando la impunidad que hasta hoy se mantiene porque la sentencia

no está firme. Por lo expuesto, solicita que se desechen los agravios de apelación planteados por la defensa de los señores Suárez y Cevallos.

Contestación por parte del doctor José Jaramillo, en representación de la acusadora particular Iris Vergara Echegaray:

La fundamentación del recurso, no guarda conformidad con el escrito de interposición, por lo que no se ha actuado con apego a derecho; por lo que solicita se ratifique el contenido de la sentencia.

Contestación por parte del doctor José Mestanza, en representación de la acusadora particular Olga Reyes Reyes:

No existen causales de extinción ni de la acción, ni de la pena, como lo establece el artículo 416 del COIP; se ha impugnado la sentencia indicando que se han violado disposiciones legales, pero que éste no es un recurso de casación, sino de apelación en el que no se discuten violaciones a la ley; lo recurrentes actuaron posteriormente y antes del delito, por lo que, solicita se deseche el pedido de los procesados.

Procesados Douglas Augusto Yépez Mogro, Luis Ángel Chiliquina y Ricardo Mariano Llulluma Álvarez, a través de su abogado defensor, doctor Ramiro Román:

Los expertos venezolanos no dispusieron de información concreta, porque no se les entregaron pruebas de parafina, no contaron con un experto en operaciones tácticas de alto riesgo y tampoco se hicieron exhumaciones; además, no se les entregó los informes de destrucción de granadas que hizo personal del GIR; muchas de las evidencias no aparecieron, sino solo

fundas vacías con balas provenientes de armas de civiles y policiales; en cuanto a su defendido Douglas Yépez Mogro, dentro de la resolución impugnada, se establece que es el autor de los disparos en contra del señor Salinas, pero para establecer su responsabilidad, a su defendido Yépez le hicieron “aparecer un disparo”, que estaba en la cabeza de la víctima Guime Córdova, lo que inclusive fue desvirtuado por la acusación particular, que ha aceptado que el disparo que apareció en la cabeza del señor Córdova era de un arma, calibre 38, y los elementos del GIR intervinieron con armas HK que son de 9 mm.; su defendido Yépez, fue el jefe del grupo, y como tal entró con la primera flecha; el señor David Santos, jefe de la farmacia, manifestó que le apuntaron en la cabeza, le llevaron al segundo piso donde se encontraba la caja fuerte, escuchó la alerta de “alto policía”, así como detonaciones; por el contrario, no hay testigos que digan que las granadas y la AK-47 fueron puestas por la policía, eran evidencias y por ello incluso se las destruyó; su defendido observa que el señor Salinas quería separar el seguro de una granada, por eso interviene, y dispara su arma una sola vez, saliendo 3 disparos; se alteró la escena, lo cual, no les beneficia a sus defendidos, porque desaparecieron armas, no aparecieron proyectiles y se arrastraron cuerpos; el GIR es operativo, no desaparecen personas, su defendido únicamente detuvo a la señora Saidi Vélez; existieron tres eventos, primero, el procedimiento policial de neutralización en la parte exterior, simultáneamente, operó inteligencia y por eso no les dispararon con la AK-47, lo cual, duró cinco minutos; el segundo evento, es la intervención de personal de apoyo, del que los peritajes de los venezolanos evidencian 5 balas que no corresponden a las 28 armas de los policías, quienes portaban revólveres; y, el tercer evento, es el inicio del escándalo por supuestos desaparecidos, pero estos hechos están fuera del campo de percepción de los miembros del GIR y ocurrió aproximadamente después de 25 minutos de la neutralización. Por lo expuesto, pide se ratifique el

estado de inocencia de su defendido Yépez; mientras tanto, su defendido Luis Sánchez Chiliquina, fue el conductor de la primera flecha, que intercepta al señor Miguel Quishpe, quien se encontraba armado; esa arma estaba cargada con un disparo; hay contraposición entre los expertos venezolanos y el doctor Córdova Ortuño, quien dijo que los disparos fueron hechos de atrás para adelante, lo que se contrapone con lo que dijo Tania Colmenares, quien señaló que cuando se trata de los orificios de entrada en la víctima Miguel Quishpe, son de adelante hacia atrás y que los disparos en las víctimas interceptadas por sus defendidos, aparecen en la parte del tórax; por último, a su defendido Ricardo Llulluma Álvarez, se le relaciona con el caso de la víctima No. 8, Genry Aguiar; cuando se hace una experticia internacional, se debe dar toda la información para que sea objetiva, pero en el caso, las pruebas de parafina no se entregaron a los técnicos venezolanos.

Contestación por parte del señor Fiscal General:

Fiscalía dispuso que todas las evidencias encontradas en el lugar de los hechos sean entregadas por la policía y solo después de que fueron periciadas, se les devolvió a la policía, por tanto, esas evidencias siempre estuvieron bajo cadena de custodia; la causa de la muerte está debidamente demostrada con el informe pericial, por lo que, era innecesaria la práctica de la exhumación; la escena del crimen fue cambiada, tanto es así que una granada fue puesta en manos del señor Carlos Almeida, quien salió a comprar pañales para su hijo; la defensa solicitó que se cuente con un experto en operaciones, pero ya no cabía; además, el pedido no se justificó, porque la operación no fue de alto riesgo, debido a que el arma Ak-47 estaba afuera de la farmacia y la persona que pretendió utilizar esa arma, fue asesinado; también, se demostró que las granadas fueron implantadas y que el arma que estuvo adentro de la

farmacia, no tenía relación con el equipo que tenía el GIR; se comprobó que el médico legista actuó con poca capacidad técnica; inclusive no supo qué contestar acerca del signo de romanese, que, según los peritos venezolanos, se presenta cuando la persona fue disparada contra una base dura; el testigo protegido se llama Javier Quimis, era un trabajador que vigilaba la farmacia, quien en un momento de curiosidad levanta la cabeza y observa a la policía cuando disparó, no es que se dejó de contar con él, sino que ya cumplió su papel; la señora Saidi Vélez dijo que cuando bajó de la segunda planta de la farmacia, observó cómo tenían a una persona contra el piso, sometida y que le estaban pisando la cabeza, por lo que no se explica que luego de tener a alguien sometido, se le dispare, la única razón que se podría dar es que el agente del Estado se convierte en Juez y por tanto, condenó a las víctimas a una pena de muerte, pues además, la escena del crimen fue adulterada y bajo control policial; dos horas más tarde, la policía permite que entren periodistas a tomar las gráficas que el país conoció; la fuerza progresiva implica que, la defensa en relación a la agresión tiene que ser proporcional a la agresión que está recibiendo, pero en el caso, la reacción fue desproporcionada, esto se demuestra porque los disparos se dieron luego de que las víctimas se habían rendido; la única persona que dijo haber escuchado “alto, policía” es el señor David Ricardo Santos, quien era el administrador de la farmacia, pero en la farmacia existían cámaras y el señor González lo primero que hizo fue contactar con el administrador y pedirle la grabación, por esa razón no se encontraron los videos; el señor Douglas Yépez no actuó en legítima defensa, porque los proyectiles que causan la muerte del señor Salinas provienen de su arma; la víctima se encontraba en la puerta de ingreso, por tanto, si el señor David Santos, administrador de la farmacia, escuchó “alto, policía”, sorprende que otras personas que estaban en la farmacia, no lo hayan escuchado; en las fotografías, cerca de la mano del cadáver del señor Salinas está una granada, asimismo, el casquillo del arma del señor

Douglas Yépez, se le encontró en una vitrina, cerca de ese cadáver, por lo que en la modificación de la escena del crimen, se les olvidó retirar ese casquillo; si se opera un arma con repetición de tres disparos, los disparos debían ser casi secuenciales, en una parte específica del cuerpo, pero se observa que los proyectiles que impactan en el piso están muy alejados, por tanto, no hubo proporcionalidad; lo que sí se observó en el cadáver del señor Salinas, fueron 5 orificios de entrada y de salida, así como signos de que fue abatido.

El Fiscal General, en cuanto al procesado Luis Sánchez, manifiesta que la víctima Quishpe Portilla, presenta 6 orificios de entrada y 2 de salida, con el signo de romanese; asimismo, esa escena del crimen fue modificada, porque la posición en que fue abatido no era la que se presenta en la fotografía; mientras que en lo que tiene que ver con el procesado Ricardo Llulluma Álvarez, disparó en contra de la víctima Aguiar, quien presenta 6 orificios de entrada y 4 de salida, con características del signo de romanese; según la pericia se establece que los orificios provienen del arma del señor Llulluma, quien admitió haber neutralizado a la víctima Aguiar.

Contestación por parte del doctor Juan Albán, en representación de las acusadoras particulares Dolores Vélez y Dolores Briones:

En el presente caso, no se pudo determinar la autoría de los disparos que ocasionaron la muerte del señor Guime Elizandro Córdova, por tanto, desde el punto de vista del derecho constitucional, se trata de una ejecución extrajudicial, porque se produjo la muerte como resultado de un abuso de poder, en donde hubo 39 proyectiles, 4 casquillos dentro de la escena, 28 armas de dotación policial, 2 armas de fuego de los asaltantes, pero según el peritaje elaborado por el señor Mayor Edison Valverde,

ninguna de las dos armas de los asaltantes fue disparada, por lo que la intención era neutralizar; el señor Carlos Andrade presenta 6 orificios de entrada y de salida, así como disparos en las manos, lo que evidencia que trató de defenderse y que no existió enfrentamiento; se encontró una granada junto a la mano izquierda del señor Carlos Andrade, quien era diestro, mientras que en su otra mano tenía un paquete de pañales; junto a la mano del mensajero de la farmacia, aparece un cuchillo y junto al señor Andrade, un paquete, que supuestamente era el botín, porque esta peligrosa banda de terroristas quería someter a 18 personas y llevarse la suma de USD. 1.336,46; una persona escuchó la alerta de granada, nadie escuchó “alto, policía”; el señor David Santos empleado de la farmacia, manifestó que no escuchó la advertencia de granada; los señores Natividad Peña, Webster Cevallos, César Lozada, empleados y guardia de seguridad de la farmacia, no escucharon la advertencia de granada, ni la voz de alto; la ausencia de esa evidencia fue distraída por los policías; desde 1964 la prueba de parafina ya no se recomienda; el artículo 143 del CPP determina que la declaración del imputado es un medio de defensa a su favor, sin embargo, la aceptación de responsabilidad sobre el hecho que ha sido comprobado mediante otra prueba, permite usar ese testimonio para referirse a la responsabilidad; el señor Yépez en su testimonio, dio cuenta que vio al individuo que portaba la granada con las manos en la chompa, él no le vio con ningún objeto en las manos, luego escuchó una detonación y entraron; el señor Sánchez dijo que le vio a ese individuo de la puerta, sometiéndole a uno de los guardias de seguridad, con una pistola en las costillas; tenía la pistola, la granada, sus manos en los bolsillos, o el tolete que apareció junto a su cadáver, porque en la secuencia tan rápida de los hechos todas esas acciones son imposibles de realizar; el señor Sánchez dijo que vio a las víctimas 1 y 2 afuera, luego dijo que entraron a la farmacia y que vio a un guardia sometido, pero si estaban afuera, con vida, cómo es posible que aparecieran, adentro, muertos; no hay doble

juzgamiento, porque en un primer proceso en la Corte Policial de la Policía del Guayas, se ventiló por abuso de autoridad, no por asesinato, fue verificado simplemente si en la actuación policial existió abuso de autoridad, además, ese Tribunal actuó sin competencia; no hay legítima defensa por cuanto de la abundante prueba puede determinarse que las víctimas presentan la mayoría de los disparos por la espalda, disparos de contacto, al menos una herida con signo de romanese, la posición final de los cadáveres era boca abajo en el piso, hubo 39 disparos por parte de los agentes y ni uno solo de los asaltantes; tampoco hubo uso legítimo de fuerza, según las reglas para el uso de la fuerza del Código de Ética Profesional de la Policía Nacional y los principios sobre el uso de la fuerza y las armas de fuego de la Organización de las Naciones Unidas adoptado en el Octavo Congreso Internacional sobre el combate contra la delincuencia, números 8, 9 y 10.

Contestación por parte del doctor José Jaramillo, en representación de la acusadora particular Iris Vergara Echegaray:

Los alegatos de la defensa, no han demostrado ser reales, oportunos y coherentes a los hechos narrados por la Fiscalía y por ellos mismos; el propio señor Llulluma admitió que formaba parte de una de las “flechas” que ingresó a la farmacia y se encontró con una persona que le apuntaba, a quien le dijo “alto, policía”, pero como no respondió, tuvo que neutralizarle por medio de disparos, pero realmente lo que hicieron fue pulverizar a los delincuentes; dijo que según el mapa, le disparó a la víctima número 8, esto es el cadáver de quien en vida fuera Genry Gernán Aguiar Vargas, quien portaba una pistola de color negro, sin embargo, según la inspección técnica, no se reporta haber encontrado una pistola de color negro junto a la víctima número 8; entre las conclusiones del protocolo de autopsia se determina que uno de los proyectiles extraídos presenta características incluyentes para las armas de fuego tipo HK,

como la que portaba el señor Lulluma Álvarez, pero en la cadena de custodia, no reposan los disparos de prueba que estas armas realizaron en el año 2003; los tres recurrentes han sido sancionados en calidad de autores del delito de asesinato; además, el Tribunal consideró que no procede aplicar atenuantes, por tratarse de un caso de asesinato; por lo que, solicita que sea rechazado el recurso interpuesto.

Contestación por parte del doctor José Mestanza, en representación de la acusadora particular Olga Reyes Reyes:

La sentencia impugnada cumple con todas las disposiciones legales, constitucionales y estándares internacionales de la motivación; se privó la vida de una manera cobarde a 8 personas y hasta el día de hoy no existe justicia en el caso; se pretende por parte de la defensa, confundir al Tribunal con alegaciones inventadas, fuera de ley, así como del contexto, por lo que, solicita justicia a nombre de la sociedad y de los familiares de las víctimas por cuanto el derecho a la vida está garantizado en los artículos 76.1 de la CRE, 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 4.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 1 de la Declaración Americana sobre Derechos Humanos y Deberes del Hombre.

**CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS EN TORNO AL RECURSO DE
APELACIÓN:**

El jurista ecuatoriano Jorge Zavala Baquerizo sobre la apelación, dice: “ *Es un acto procesal de impugnación, ordinario, suspensivo devolutivo (general o singular) y extensivo, que contiene una manifestación de voluntad del*

recurrente, por la cual se opone la ejecución de una providencia judicial que le causa agravio, con el fin que un tribunal inmediato superior al que dictó la providencia impugnada, luego del examen del proceso, dicte una nueva providencia que reforme, o revoque la recurrida.”¹⁰. Asimismo que, “El derecho de impugnar se lo concede a la parte procesal para que se oponga a la ejecución de una decisión judicial que le causa agravio. La persona que ejerce el derecho de impugnar debe actuar en función de un interés surgido del gravamen que le ocasiona la decisión impugnada. El prof. Couture dice: en relación con el tema del agravio: “El agravio es la injusticia, la ofensa, el perjuicio material o moral. El litigante a quien la sentencia perjudica afirma que ésta le infiere agravio y acude a mayor juez a expresar agravios. El recurso dado para reparar los agravios es, pues, la apelación” (destaca el original). El agravio puede ser real o supuesto, de acuerdo al criterio de quien ejerce el derecho de impugnación. Necesariamente no debe ser una providencia injusta; pero si la parte procesal considera que sí lo es, que existe oposición entre el hecho real y el hecho considerado en la providencia; o entre lo dicho por la ley y lo aceptado por la resolución, entonces, la persona que considera que estos errores de hecho, o de derecho, de forma, o de fondo, lo perjudican, puede ejercer el derecho de impugnación. (...)El derecho de impugnación, siendo un derecho subjetivo, que nace en el momento en que la persona se constituye en parte procesal, necesita materializarse, objetivarse para su ejercicio y el modo de hacerlo es mediante el recurso. Esta palabra tiene origen latino –recursus (retorno)- que significa volver una cosa de donde se originó. El motivo jurídico para ejercer el derecho de impugnación puede ser variado, pero la doctrina lo ha resumido en dos: vitium in procedendo y vitium in iudicando. El primero se refiere al error de procedimiento; y el segundo, al error o vicio sustancial. Este, a su vez, puede referirse al error de hecho (error in facto), o al error de

¹⁰ Zavala Baquerizo, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo X, Editorial Edino, p.6-7

derecho (*error in iure*). El prof. Couture, al referirse al *error in iudicando* dice que “consiste normalmente en aplicar una ley inaplicable, en aplicar mal la ley aplicable o en no aplicar la ley aplicable”. Y al referirse al *error in procedendo* expresa que es “la desviación de los medios de proceder”.¹¹

Asimismo, acerca de la apelación, el profesor Jorge A. Claria Olmedo subraya que “el proceso penal tiende a la justa actuación de la ley sustantiva con respecto a una base fáctica correcta y a través de un trámite regular y legal. Si los actos procesales no se adecuan al esquema de la ley o no resulta justo el contenido de la resolución, la finalidad del proceso estará desviada o no será obtenida, se habrá incurrido en ilegalidad o en injusticia, calidades que recíprocamente podrían estar contenidas una en la otra. Las partes tiene el poder de impugnación cuando dentro del proceso o después de él persiguen la corrección o eliminación del error o defecto. Es un poder autónomo porque no depende de la existencia real del error o vicio, sino que nutre en su mera invocación ante la existencia del agravio. Es un poder de naturaleza procesal por su origen y contenido, ya que emanada de normas procesales y sirve para hacer valer pretensiones de ese mismo carácter. Legislativamente la impugnación está caracterizada con la expresión “recurso”, que en singular se aplica a cualquiera de los medios. En cuanto a su objeto, queda limitada a las resoluciones judiciales, con exclusión de lo que se conoce por incidente de nulidad. El recurso es un poder acordado por la ley procesal a la parte agraviada por una resolución judicial que estima ilegal o injusta. Es un poder de atacar esa resolución para provocar su eliminación o un nuevo examen de lo resuelto con miras a obtener otro pronunciamiento que le sea favorable. Se ejercita dentro de los límites legales, y provoca un procedimiento impugnativo que marca un momento

¹¹ Zavala Baquerizo, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo IX, Editorial Edino, p.249, 250 y 256

cognoscitivo a cargo del mismo tribunal (alzada). El ejercicio del poder se resuelve en la actividad impugnativa que produce a través de los medios de impugnación; acto de recurrir y procedimiento del recurso. Según cuál sea la amplitud del recurso y la vía regulada por la ley, se estará frente a uno u otro de los distintos medios de impugnación. La parte agraviada interpone el recurso, y su aceptación abre jurisdiccionalmente la vía que conduce a la nueva resolución confirmatoria, revocatoria o anulatoria de la resolución impugnada: desestimación o acogimiento de la pretensión impugnativa, por rechazarse o aceptarse su fundamento. En el proceso penal los medios de impugnación aparecen como un mercado reducto del principio dispositivo, más propio del proceso civil. No obstante, a pesar de sus limitaciones, nada hace pensar que haya tendencia a eliminarlos. Tienen como fundamento constitucional la garantía de una mejor justicia y regularidad procesal. Se asientan en la falibilidad de los jueces que una perfecta organización judicial no alcanza a eliminar. En conclusión, los recursos tienen como fundamento razones de legalidad y de justicia. Recurrir implica afirmar la existencia de un vicio, éste puede consistir en un juicio incorrecto contenido en la decisión impugnada, o en un pronunciamiento irregular en su obtención. El error de juicio puede manifestarse en la apreciación de los hechos o en la aplicación del derecho. El efecto de procedimiento puede radicarse en la construcción de la resolución o en el trámite para llegar a ella. No es sencillo en muchos casos determinar con precisión cuándo un vicio in iudicando es de hecho o de derecho la dificultad se presenta frente a la casación que excluye el error en el juicio sobre hechos, por lo cual allí se examinará con mayor detenimiento. Es yerro sobre los hechos cuando el vicio hace al mérito de lo fáctico integrante de la cuestión de fondo, o sea a la cuestión resuelta sobre la realidad ocurrida que debe encuadrarse en el sistema legal. Es la materialidad juzgable obtenida a través de las pruebas de autos, con exclusión del camino recorrido para obtenerla. Se trata de los hechos de la causa y no del proceso. En cambio, el error de juicio es sobre el

derecho cuando se encuentra en la valoración jurídica del caso decidido: discordancia entre la realidad fijada y el esquema legal escogido para su encuadramiento. Se incurre en error al aplicar la norma jurídica en sentido amplio. Generalmente ha de tratarse de la ley sustantiva, pero puede ocurrir que el caso esté regido por la ley procesal. En general se resuelve en la actuación de una norma específica cuando no correspondería ninguna o viceversa, o de una norma específica cuando en realidad correspondería otra. Puede tratarse tanto de una norma penal como de una civil: basta con que a ella deba o no deba referirse el caso resuelto. Es una inobservancia o errónea aplicación del derecho en su integridad normativa (de represión y de libertad) frente al caso resuelto. El vicio in procedendo no se refiere al caso resuelto sino a la forma de resolverlo para decir o para llegar a la resolución, sin tener en cuenta el juicio contenido en el dispositivo. Es vicio en la actividad y no en el juicio. Se refiere a la regularidad de los actos del proceso y de éste en general, por lo cual se vincula directamente con el sistema de sanciones procesales. La inobservancia en el trámite para llegar a la resolución impugnada puede consistir en la omisión de uno o más actos o de participación de un sujeto procesal, inoportunidad de un acto cumplido o deficiencia estructural en su integración o de modo en su manifestación, o cumplimiento de modo distinto al previsto. En todo caso el defecto debe influir en el pronunciamiento en forma decisiva. Dada su coordinación con las sanciones procesales, el vicio no debe haberse subsanado ni cumplido su fin con respecto a todos los interesados.”¹²

Por otro lado, la Constitución de la República declara al Ecuador un Estado constitucional de derechos y justicia en el que los ciudadanos y ciudadanas gozamos, entre otras, de la garantía de que los procesos

¹² Claria Olmedo, Jorge A., *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Editorial Rubinzal- Culzoni, p. 283-285

judiciales se desarrollen en estricto apego a los principios de tutela judicial efectiva, legalidad y seguridad jurídica, consagrados en los artículos 75, 76.3 y 82 de la Norma Suprema, por tanto, el derecho a recurrir, implica el acceso efectivo a la garantía de la doble conforme, a fin de que el juzgador de alzada analice la sentencia dictada por el juez de mérito y determine la existencia o no de algún error de hecho o de derecho. Entonces, el derecho de impugnación, siendo un derecho subjetivo, que nace en el momento en que la persona se constituye en parte procesal, necesita materializarse, objetivarse para su ejercicio y el modo de hacerlo es mediante el recurso. Nuestra legislación recoge el derecho a la impugnación en el artículo 76.7.m de la Constitución de la República, que dice: “Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”.

En el ámbito jurídico internacional, el artículo 14.5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, dice: *“Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley.”*.-

Finalmente, dentro de nuestro ordenamiento jurídico infraconstitucional, el recurso de apelación, está previsto en el artículo 343 del CPP, aplicable al caso (ahora 653 del COIP), que en su parte pertinente, dice: “Procedencia.- procede el recurso de apelación en los siguientes casos: (...) 2. De las sentencias dictadas en proceso simplificado, proceso abreviado y las que declaren la culpabilidad o confirmen la inocencia del acusado (...)”.

Entonces, se advierte que en el presente caso el recurso de apelación es un medio para que se cumpla con el principio de legalidad, contemplado en el artículo 76.3 de la Norma Suprema.

ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE ALZADA SOBRE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

Como se dejó entrever en líneas anteriores, el recurso de apelación implica una impugnación prácticamente completa de la causa, pues examina el denominado “error de juicio” que puede manifestarse en la apreciación de los hechos o en la aplicación del derecho.

En el caso que nos ocupa, este Tribunal de Alzada observa que la subsunción efectuada por los Juzgadores de Mérito, de los dos fallos impugnados, corresponde al contenido fáctico, en relación con la prueba actuada en las dos audiencias de juzgamiento; y, en este sentido, aplicando correctamente las normas jurídicas pertinentes, han dictado sentencias condenatorias en contra de los recurrentes Héctor Fruto Márquez, Erick Salinas Monge, Mario Cevallos Loachamín, Douglas Yépez Mogro, Ricardo Llulluma Álvarez, Luis Sánchez Chiliquinga, en calidad de autores, así como de los apelantes Darwin Condoy Rosero, Marcos Villacrés Asencio, Darwin Suárez Flores y Luis Cevallos Rosero, en calidad de encubridores, todos del delito de asesinato tipificado y sancionado en el artículo 450.1, 4, 5 y 6 del CP, (en la modalidad de ejecución extrajudicial, en el contexto de graves violaciones a los derechos humanos, por encontrarse involucrados agentes policiales del Estado), conforme a lo establecido por el artículo 451 Íbid; y, en este sentido, los testimonios rendidos en las dos audiencias de juzgamiento por los testigos y peritos, así como la prueba documental, demostraron todos los elementos constitutivos de la categorías dogmáticas del delito, relativas a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en relación a los mencionados recurrentes.

No obstante lo anotado en el párrafo inmediato anterior, se advierte que en relación a la situación jurídica del apelante Carlos Eduardo Pérez Asencio, el Tribunal de Decisión que dictó la sentencia de 16 de diciembre de 2014, ha incurrido en un error de juicio, al emitir un fallo condenatorio en su contra por considerarle encubridor del ilícito antes descrito; lo cual, será abordado posteriormente.

En este orden de planteamientos, los elementos de la tipicidad, especialmente los relativos al objeto y la conducta, constituida esta última por el verbo rector que determina el tipo penal por el que se juzga, esto es, dar muerte a otra persona, con las circunstancias 1, 4, 5 y 6 del artículo 450 del CP (en la modalidad de ejecución extrajudicial), y de acuerdo a lo previsto por el artículo 451 *Íbid*, en relación a los recurrentes Héctor Fruto Márquez, Erick Salinas Monge, Mario Cevallos Loachamín, Douglas Yépez Mogro, Ricardo Llulluma Álvarez, Luis Sánchez Chiliquinga, en calidad de autores, así como de los apelantes Darwin Condoy Rosero, Marcos Villacrés Asencio, Darwin Suárez Flores y Luis Cevallos Rosero, en calidad de encubridores, en las audiencias de juzgamiento se demostraron, principalmente, con las actuaciones y testimonios rendidos por Jorge Bernabé Córdova Ortuño, quien realizó el informe de autopsias de los ahora occisos; Tania Josefina Colmenares Colmenares, quien realizó la interpretación de la trayectoria balística dentro del informe de protocolo de autopsias; Jesús Oswaldo Suárez Flores, quien realizó el informe de comparación balística y reconstrucción de los hechos; Víctor Germán Rivero, quien realizó la experticia de trayectoria balística; Víctor Hugo Pernía, quien realizó la pericia de reconstrucción de los hechos (levantamiento planímetro); Blanca Sánchez Villamizar, quien realizó el análisis complementario de reconstrucción de los hechos; Carlos Cueto Vásquez, quien realizó el peritaje de hermenéutica de dinámica de

actuación policial, en la elaboración de parte policiales en operativos anti-delincuenciales; Arturo Donoso Castellón, quien realizó la experticia de validación de estándares jurídicos nacionales en la judicialización de casos constitutivos de violaciones a derechos humanos; María Elena Carbonelli Yáñez, quien realizó la pericia de estándares jurídicos internacionales en la judicialización de casos constitutivos de graves violaciones a derechos humanos; Edgar Rubén Sulca Mosquera, quien realizó el informe de inspección ocular técnica; y, Édison Valverde Rosero, quien realizó la pericia balística 362.

A partir de lo manifestado en las audiencias de juzgamiento por los referidos peritos, se coligen cuatro puntos fundamentales: a) que los ocho occisos, quienes en vida se llamaron José Vicente Cañar Reyes (1), Jasmany Alexander Rosero López (2), Raúl Javier Salinas Chumacero (3), Miguel Ángel Quishpe Portilla (4), Carlos Germán Andrade Almeida (5), Guime Córdova Encalada (6), Richard Gonzalo Tello Jácome (7) y Genry Germán Aguiar Vargas (8), fallecieron por muertes violentas, provocadas por disparos de proyectiles de armas de fuego; b) que hubo únicamente dos armas que no eran de dotación policial: la una, arma corta, marca Vector y la otra, arma larga, tipo AK47, que no fueron utilizadas; c) que los disparos provinieron de las armas de dotación policial, que percutieron todos los proyectiles encontrados en la escena, salvo uno (proyectil calibre 38), pero que no provino de las armas Vector ni del tipo AK47; y, d), que todas las víctimas, salvo dos, tenían el signo denominado romanese, indicador *sine qua non* que la víctima del disparo posee la zona por la cual el proyectil abandona el cuerpo en contacto con una superficie dura; lo que a su vez supone que las heridas por proyectiles de arma de fuego tuvieron una trayectoria intra orgánica, esto es, de atrás, hacia adelante.

En este punto, cabe agregar que la defensa del apelante Marcos Villacrés Asencio, cuestionó las actuaciones de los peritos de nacionalidad venezolana, pertenecientes a la Unidad de Criminalística contra la Vulneración de Derechos Fundamentales del Área Metropolitana de Caracas; en especial del perito Víctor Hugo Pernía, quien realizó el informe de reconstrucción de los hechos. Al respecto, se advierte que todos los peritos venezolanos que actuaron dentro de la presente causa, lo hicieron amparados en la normativa de la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, de la cual Ecuador forma parte desde el año 2005,¹³ cuyos artículos 2, 4 y 7.f y j, dicen lo siguiente: artículo 2.- “Aplicación y alcance de la Convención: Los Estados Partes se prestarán asistencia mutua en investigaciones, juicios y actuaciones en materia penal referentes a delitos cuyo conocimiento sea de competencia del Estado requiriente al momento de solicitarse la asistencia (...)”; artículo 4.- “La asistencia a que se refiere la presente Convención, teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas jurídicos de los Estados Partes, se basará en solicitudes de cooperación de las autoridades encargadas de la investigación o enjuiciamiento de delitos en el Estado requiriente”; y, 7.- “Ámbito de aplicación: La asistencia prevista en esta Convención comprenderá, entre otros, los siguientes actos: (...) f. examinar objetos y lugares; (...) j. cualquier otro acto siempre que hubiere acuerdo entre el Estado requiriente y el Estado requerido”.

¹³ La Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, más conocida como la Convención de Nassau, fue adoptada el 23 de mayo de 1992, en el Vigésimo segundo período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), en Nassau, Commonwealth of Bahamas; fue ratificada por el Ecuador el 26 de diciembre del 2001 y publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 153 de 25 de noviembre 2005.

Al tenor de las normas convencionales transcritas, los peritos venezolanos, tuvieron toda la capacidad, idoneidad y experiencia necesaria, para haber realizado sus experticias, más allá de que el perito Víctor Hugo Pernía, se haya o no posesionado de su cargo, lo cual, deviene en un aspecto meramente formal, que no implica per se vulneración de garantía constitucional alguna, tal como exigen los artículos 80 del CPP y 76.4 de la CRE¹⁴, para que exista ineficacia probatoria; pues además, no hay que olvidar que la conducción de la investigación, el ejercicio público de la acción penal y la interposición de la acusación, le corresponde al Estado, representado por Fiscalía, este órgano, con sujeción a los principios de seguridad jurídica y oportunidad, consagradas en los artículos 82 y 195 de la CRE;¹⁵ dada la necesidad, en ciertos casos, como el que nos ocupa, está constitucionalmente facultado para actuar prueba bajo la institución de la asistencia penal internacional, que es un mecanismo de colaboración entre Estados partes, que tiene como fin ulterior lograr justicia dentro de sus fronteras, lo que también constituye una de las máximas del derecho

¹⁴ "Art. 80.- Ineficacia probatoria.- Toda acción pre procesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías." Art. 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: (...) 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrá validez alguna y carecerán de eficacia probatoria (...)"

¹⁵ "Art. 82.- [Derecho a la seguridad jurídica].- 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." "Art. 195.- [Objeto].- 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 (...)"

penal; de ahí, que carece de asidero jurídico el cuestionamiento planteado por la defensa del recurrente Marcos Villacrés Asencio.

Sin embargo, como otras defensas de los recurrentes discurrieron sobre la supuesta ilegalidad de la prueba, precisamente, acerca de la legalidad de la prueba, el tratadista Cafferata Nores señala: “(...) *La legalidad del elemento de prueba será presupuesto indispensable para su utilización en abono de un convencimiento judicial válido. Su posible ilegalidad podrá obedecer a dos motivos: su irregular obtención o su irregular incorporación al proceso.*”¹⁶ En el caso que se juzga, se advierte que ninguna prueba actuada en las dos audiencias de juzgamiento, ha sido obtenida ni incorporada de manera irregular, peor aún ilegal o inconstitucional, sino que se verifica que en el caso específico de las pericias realizadas por expertos venezolanos, han sido efectuadas dentro de las atribuciones jurídicas de Fiscalía para llevar a cabo las investigaciones y con manejo de una técnica adecuada por parte de los peritos, quienes han acreditado amplios conocimientos en el objeto de sus pericias, sin que sea un óbice para arribar a conclusiones precisas y técnicas, que hayan o no recibido pruebas de parafina, tal como pretendió alegar la defensa del recurrente Ricardo Llulluma Álvarez.

En tal virtud, toda la prueba actuada en las dos audiencias de juicio, especialmente las actuaciones y los testimonios de los peritos venezolanos, están avalados y revestidos de la constitucionalidad y convencionalidad que el caso amerita, para haber sido valoradas por los Juzgadores *a quo*.

¹⁶ Cafferata Nores, *La prueba en el proceso penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, p. 18

En consecuencia, este Tribunal de Apelación determina que se ha probado el tipo objetivo de la tipicidad en lo que tiene que ver con los apelantes Héctor Fruto Márquez, Erick Salinas Monge, Mario Cevallos Loachamín, Douglas Yépez Mogro, Ricardo Llulluma Álvarez, Luis Sánchez Chilingua, Darwin Condoy Rosero, Marcos Villacrés Asencio, Darwin Suárez Flores y Luis Cevallos Rosero; máxime si se toman en cuenta la abundante prueba testimonial desarrollada en las dos audiencias de juzgamiento, en especial, la rendida por los señores David Ricardo Santos, Natividad del Carmen Peña Campoverde, Marilyn Andrea Guerrero Montalván, Webster Edwin Cevallos Sandoval, César Augusto Lozada Fajardo, Carlos Alberto Calderón Castro, Santos Javier Quimis, William Antonio Sánchez Ramírez, William Alberto Merchán Macías y Saidi Vélez Falcones, testigos presenciales, quienes de manera unívoca y enfática concuerdan en que nadie escuchó la voz de “alto, policía”; asimismo, el testimonio de la señora Saidi Vélez Falcones, resultó definitivo para establecer que las víctimas fueron sometidas; y, posteriormente, ultimadas.

En cuanto, a los elementos que conforman el tipo subjetivo, es decir, el conocimiento que los recurrentes Héctor Fruto Márquez, Erick Salinas Monge, Mario Cevallos Loachamín, Douglas Yépez Mogro, Ricardo Llulluma Álvarez, Luis Sánchez Chilingua, Darwin Condoy Rosero, Marcos Orlando Villacrés Asencio, Darwin Suárez Flores y Luis Cevallos Rosero, tenían con relación a los hechos que pretendían ejecutar y el resultado que ellos podían causar, sin que esto implique conocimiento alguno de otros elementos pertenecientes a la antijuridicidad, a su culpabilidad o a la penalidad y, el ejercicio de la voluntad de llevarlo a cabo; la prueba de cargo actuada en las dos audiencias de juzgamiento, estableció que los recurrentes Héctor Fruto Márquez, Erick Salinas Monge, Mario Cevallos Loachamín, Douglas Yépez Mogro, Luis Sánchez

Chiliquinga y Ricardo Llulluma Álvarez, tenían conciencia y voluntad, que les permitían saber que disparar con armas de dotación policial, a las humanidades de las víctimas, finalmente produciría las muertes violentas de estas, como en efecto lo produjeron.

En tanto que también la prueba de cargo actuada en las dos audiencias de juzgamiento, determinó que los apelantes Marcos Villacrés Asencio, Darwin Condoy Rosero, Darwin Suárez Flores y Luis Cevallos Rosero, actuaron con conciencia y voluntad, que les permitían saber que ya acordonar la escena del hecho punible, a fin de que nadie ingrese a la farmacia Fybeca; o ya, modificar tal escena y destruir elementos de convicción -así lo confirmó los peritos Víctor Pernía, Víctor Rivero y William Quinapallo-; conllevaría a que el injusto penal quede en la impunidad.

Entonces, se estableció que los apelantes Héctor Fruto Márquez, Erick Salinas Monge, Mario Cevallos Loachamín, Douglas Yépez Mogro, Ricardo Llulluma Álvarez, Luis Sánchez Chiliquinga, Darwin Condoy Rosero, Marcos Villacrés Asencio, Darwin Suárez Flores y Luis Cevallos Rosero, podían diferenciar lo correcto de lo incorrecto y sus capacidades para actuar estuvieron incólumes, pues no tenían ninguna perturbación que obnubilara sus voluntades, por lo que actuaron con conocimiento de causa; determinándose así la plena conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo del ilícito, esto es, el dolo con el que actuaron los mencionados recurrentes, a partir de lo cual, se desvirtúa que estos hayan actuado sin conciencia y voluntad, tal como pretendieron alegar, sobre todo, las defensas de los apelantes Marcos Villacrés Asencio, Darwin Suárez Flores y Luis Cevallos Rosero, sin sustento jurídico al respecto.

De esta forma, se encuentra configurada la categoría dogmática de la tipicidad en la conducta que se juzga con relación a los apelantes Héctor Fruto Márquez, Erick Salinas Monge, Mario Cevallos Loachamín, Douglas

Yépez Mogro, Ricardo Llulluma Álvarez, Luis Sánchez Chilibuina, Darwin Condoy Rosero, Marcos Villacrés Asencio, Darwin Suárez Flores y Luis Cevallos Rosero, siendo procedente por ello analizar la categoría de la antijuridicidad; no sin antes puntualizar que si bien es cierto que el doctor Jorge Córdova Ortuño, quien realizó el informe de autopsia de los ahora occisos, manifestó que los disparos se realizaron a una distancia considerable (80 cm.), no es menos cierto que, aquella afirmación, de ninguna manera puede enervar las actuaciones y testimonios unívocos y coincidentes de los peritos venezolanos, tal como pretendieron argüir algunas defensas de los recurrentes, en especial, la del apelante Luis Sánchez Chilibuina.

En el campo de la antijuridicidad, las defensas de la mayoría de los recurrentes, especialmente de Héctor Fruto Márquez, Mario Cevallos Loachamín, Douglas Yépez Mogro, Marcos Villacrés Asencio, Darwin Suárez Flores y Luis Cevallos Rosero, plantearon como eximentes de la antijuridicidad formal, indistintamente, tres supuestas causas de justificación: orden legítima, estado de necesidad y legítima defensa.

Al respecto, se acota que las causas de justificación son las que eliminan o excluyen la antijuridicidad de un acto típico; doctrinariamente son consideradas como “situaciones en que la lesión del bien jurídico se halla legitimada, justificada por el propio orden que jurídico. En este caso, el acto, aunque típico, ya no será contrario a Derecho sino conforme a él.”¹⁷ En efecto, una conducta ejercida por el sujeto activo, a pesar de que es típica, no siempre es antijurídica, debido a que la lesión al bien jurídico protegido, por las circunstancias que rodea el hecho, se halla legitimada o justificada por el propio ordenamiento jurídico.

¹⁷ Albán Gómez, Ernesto, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General*, Ediciones Legales S.A., Quito, Primera Edición, p. 157.

Dentro de estas circunstancias que eliminan la antijuridicidad, se encuentra la institución de la legítima defensa entendida como “la reacción necesaria contra una agresión ilegítima, actual o inminente, y no provocada, o al menos no provocada suficientemente, por la persona que invoca esta causal de justificación como eximente de responsabilidad penal.”¹⁸ En esta línea, el artículo 19 del CP, vigente a la época de inicio del proceso, exige que para que pueda configurarse esta causa de justificación, debe existir: i) actual agresión ilegítima; ii) necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión; y, iii) falta de provocación suficiente de parte del que se defiende.

Mientras tanto, el estado de necesidad, “(...) se estructura sobre la base de una situación de peligro objeto real y actual para un bien jurídico propio o ajeno y que en tal estado de colisión determina a lesionar típicamente intereses tutelados de otros, como única alternativa para salvar intereses protegidos que se encuentran en la situación conflictiva.”¹⁹ Esta figura jurídica, se compone de cinco aspectos básicos: “a) Un riesgo grave e inminente de un mal propio o ajeno. b) Necesidad de dañar un bien jurídico del que es titular otro. No debe existir otra alternativa para salvaguardar del peligro al interés jurídico que se protege que no sea causando un mal al bien jurídico ajeno. c) Que el daño causado no sea mayor al que se protege. Debe ponderarse en cada situación de la realidad los bienes jurídicos en conflicto para determinar la igual, menor o mayor intensidad del mal que se protege y que se causa. d) Falta de provocación dolosa de la situación. Son aquellos casos de conflictos de intereses que ha sido provocado intencionalmente para dañar a otro titular de alguno de aquellos. e) Carencia de obligación de soportar el daño.”

¹⁸ Hernández E, Jorge Alberto, *La coautoría: la legítima defensa*, Editorial Jurídica Bolivariana, 2002, p. 264.

¹⁹ Zavala Egas, Jorge, *Teoría del delito y sistema acusatorio*, Murillo Editores, Guayaquil, p. 259.

Por último, para la operatividad de la orden legítima, se requiere “(...) que exista un derecho a actuar del modo concreto en que se obra. Siempre que se ejecute el derecho propio sin abuso se actúa de modo justificado. Lo que implica conocer que el obrar en abuso de un derecho no sirve como justificante, pues ese actuar está proscrito.”²⁰ Entonces, para que se cumpla con el tratamiento que debe darse a la orden legítima como excluyente de la antijuridicidad, debe extenderse aquello, al cargo desempeñado por el sujeto activo que obró bajo tal figura y lesionó un derecho; pues, la orden corresponde a un deber legal de cumplimiento.

En el caso *sub lite*, y luego del análisis minucioso de la prueba actuada en las dos audiencias de juicio, se advierte que los recurrentes Héctor Fruto Márquez, Erick Salinas Monge, Mario Cevallos Loachamín, Douglas Yépez Mogro, Ricardo Lulluma Álvarez, Luis Sánchez Chiliquinga, Darwin Condoy Rosero, Marcos Villacrés Asencio, Darwin Suárez Flores y Luis Cevallos Rosero, no actuaron amparados en causa de justificación alguna. En efecto, conforme lo acreditan por un lado los peritos Jesús Suárez Flores, quien realizó el informe de comparación balística y reconstrucción de los hechos y Blanca Sánchez Villamizar, quien realizó el análisis complementario de reconstrucción de los hechos, no se evidenció que hubo enfrentamiento, ni cruce de balas entre las víctimas y los invocados apelantes, quienes utilizaron sus armas, sin que se acredite tampoco que hubo la voz de “alto, policía” o que alguna de las víctimas haya disparado, lo cual, se corrobora con los testimonios rendidos por los testigos presenciales David Ricardo Santos, Natividad Peña Campoverde, Marilyn Guerrero Montalván, Webster Cevallos Sandoval, César Lozada Fajardo,

²⁰ *Íbid*, p. 271.

Carlos Calderón Castro, Santós Javier Quimis, William Sánchez Ramírez, William Merchán Macías y Saidi Vélez Falcones.

Asimismo, se pone en entredicho que las víctimas hayan portado granadas, debido a que una de las granadas, apareció en la mano del ahora occiso, quien en vida se llamó Carlos Andrade Almeida, quien se había dirigido a la farmacia para comprar pañales; y, por ende, resulta una obviedad que no tenía nada que ver con el asalto que aparentemente iba a acaecer en la farmacia Fybeca; por el contrario, las actuaciones y los testimonios de los peritos Tania Colmenares Colmenares, quien realizó la interpretación de la trayectoria balística dentro del informe de protocolo de autopsias; Jesús Suárez Flores, quien realizó el informe de comparación balística; Víctor Rivero Ríos, quien realizó la experticia de trayectoria balística; Víctor Hugo Pernía, quien realizó la pericia de reconstrucción de los hechos; Blanca Sánchez Villamizar, quien realizó el análisis complementario de reconstrucción de los hechos; Carlos Cueto Vásquez, quien realizó el peritaje de hermenéutica de dinámica de actuación policial; Edgar Rubén Sulca Mosquera, quien realizó el informe de inspección ocular técnica; y, Édison Valverde Rosero, quien realizó la pericia balística, establecieron lo siguiente: a) que la mayoría de las víctimas presentaron disparos por la espalda, de próximo contacto y con signo romanese; b) que los cadáveres estaban boca abajo, en el piso; c) que dos de los cadáveres fueron movidos; y, d) que hubo disparos por parte de los agentes policiales y ninguno por parte de los asaltantes, esto último lo pone de relieve la actuación y el testimonio del Edison Valverde Rosero, quien realizó la pericia balística.

Entonces, no se verificó el uso de fuerza gradual por parte de los agentes policiales, lo que implica que las armas debían ser utilizadas como último recurso, cuando ya no exista otra alternativa, sin apuntar a centros vitales

y bajo el principio de proporcionalidad, tal como lo determinan las reglas para el uso de la fuerza del Código de Ética Profesional de la Policía Nacional y los principios sobre el uso de la fuerza y las armas de fuego de la Organización de las Naciones Unidas; y, por ende, los agentes policiales, incumplieron con la normativa prevista en el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, de 1979, cuyo artículo 2, dice: “En el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas”; precisamente, los agentes policiales, no defendieron los derechos humanos de las personas que el día del hecho punible estaban en la farmacia Fybeca, sino que vulneraron sus dignidades humanas.

Siendo que, los recurrentes, no tomaron en cuenta que el uso de armas de fuego se considera una medida extrema, que debían hacer todo lo posible por excluir su uso, que solo debían usarla, en el evento de que un presunto delincuente ofrezca resistencia o ponga en peligro la vida de las personas, lo cual, no aconteció en el presente caso, en el que estaban obligados a poner a los detenidos a órdenes de los jueces competentes, y no lo hicieron, sino que acabaron de forma violenta con la vida de ocho personas, en la modalidad de ejecución extrajudicial, de conformidad con lo previsto por el artículo 451 del CP²¹.

²¹ Art. 451.- “Presunción de responsabilidad.- Cuando hayan ocurrido a un robo u otro delito dos o más personas, todas serán responsables del asesinato que con este motivo u ocasión se cometa; a menos que se pruebe quien lo cometió, y que los demás no tuvieron parte en él, ni pudieron remediarlo o impedirle”

En tanto que en relación a los recurrentes Marcos Villacrés Asencio, Darwin Suárez Flores, Darwin Condoy Rosero y Luis Cevallos Rosero, a pesar de ser operativos y subordinados, no estaban obligados jurídicamente, a cumplir órdenes superiores ilegales e inconstitucionales; y, por ende, de ninguna manera, podían acatar órdenes dirigidas a acordonar el lugar del hecho punible, o ya a modificar la escena del delito, para evitar represión a los autores de la infracción que se juzga.

Bajo los lineamientos expuestos, tampoco se verificó que ninguno de los recurrentes haya actuado amparado en la causa de justificación de la legítima defensa, por cuanto no existió proporción entre las armas de fuego atribuidas a las víctimas y las de dotación policial; asimismo, salvo dos, las demás víctimas presentaban el signo denominado romanese, yacían en el suelo y estaban desarmadas, esto es que, al momento de recibir los disparos, se encontraban sometidas; además, la mayoría de las detonaciones se efectuaron a cortas distancias, lo que implica que no hubo enfrentamiento entre los recurrentes Héctor Fruto Márquez, Mario Cevallos Loachamín, Douglas Yépez Mogro, Luis Sánchez Chilingua, Ricardo Llulluma Álvarez, Erick Salinas Monge y las víctimas, así lo determinan las conclusiones a las que arriban los peritos Jesús Suárez Flores, quien realizó el informe de comparación balística y reconstrucción de los hechos y Blanca Sánchez Villamizar, quien realizó el análisis complementario de reconstrucción de los hechos.

Además, a partir del estudio pormenorizado del acervo probatorio constantes en las dos audiencias de juzgamiento, especialmente, de las actuaciones y los testimonios de los peritos Tania Colmenares Colmenares, Jesús Suárez Flores, Víctor Rivero Ríos, Víctor Hugo Pernía, Arturo Donoso Castellón y Blanca Sánchez Villamizar, quienes realizaron la experticia de interpretación de la trayectoria balística dentro del informe de

protocolo de autopsias; informe de comprobación balística; informe de trayectoria balística; informe de reconstrucción de los hechos; experticia de validación de estándares jurídicos nacionales en la judicialización de casos constitutivos de violaciones a los derechos humanos; análisis complementario de reconstrucción de los hechos, respectivamente; y, de los testimonios rendidos por Saidi Vélez Falcones, José Chano Calispa, los periodistas Rafael Hernández Álava, Manuel Martín Herrera Torres y Ximena Alexandra Gilber Zhume; Carlos Logroño Varela; así como de la actuación y testimonio del General Marcelo Vega, Inspector General de la Policía; de las fotografías incorporadas al proceso como prueba documental; y, de los testimonios rendidos por los apelantes Héctor Fruto Márquez, Erick Salinas Monge, Mario Cevallos Loachamín, Douglas Yépez Mogro, Luis Sánchez Chiliquina y Ricardo Llulluma Álvarez, este Tribunal de Alzada, colige lo siguiente: a) que el recurrente Mario Cevallos Loachamín disparó en contra de la humanidad del ahora occiso, quien en vida se llamó José Cañar Reyes, quien presentó en su cuerpo 4 orificios de entrada y 4 de salida; b) que la trayectoria intraorgánica, es de atrás hacia adelante, lo que significa que le dispararon por la espalda; c) que los orificios de salida números 2 y 4, presentan el signo romanese, esto es que la víctima, al momento de recibir los disparos, se encontraba sobre una superficie dura; d) que adyacente al cadáver se localizaron vainas, que al ser sometidas a la comparación balística resultaron positivas con el arma de fuego Glock modelo 26, serial CSG-566 calibre 9 mm., que pertenece al recurrente Mario Cevallos Loachamín; e) que el fusil AK-47 no fue utilizado y tampoco consta en las fotografías junto a la víctima José Cañar Reyes; f) que se recuperaron 4 proyectiles, frente a 6 vainas percutidas, disparadas por la misma arma de dotación que portaba el apelante Mario Cevallos Loachamín; g) que los proyectiles que se evaluaron tenían unas deformaciones oblicuas, que pueden concatenarse con el impacto sobre la superficie del piso, siendo compatibles, porque comprometen la parte del

cuerpo y pudieron haber sido producidas cuando chocaron contra el piso; h) que el apelante Douglas Yépez Mogro disparó en contra de la humanidad del ahora occiso, quien en vida se llamó Raúl Salinas Chumacero, quien presentó 5 orificios de entrada y 5 de salida; con trayectoria intraorgánica, de atrás hacia adelante, con orificios de salida Nos. 2 y 3 y con signo romanese; i) que el casquillo del arma del recurrente Douglas Yépez Mogro, se le encontró en una vitrina, cerca del cadáver de la víctima Raúl Salinas Chumacero, por lo que en la modificación de la escena del crimen, los agentes policiales se “olvidaron” ese casquillo; j) que el apelante Héctor Fruto Márquez disparó en contra de la humanidad del ahora occiso, quien en vida se llamó Richard Tello Jácome, quien presentó 3 orificios de entrada, 2 orificios de salida; 1 proyectil alojado, trayectoria intraorgánica, de atrás hacia adelante, se le extrajo una pieza de metal de forma cónica, característica de un fusil M-16; k) que el apelante Erick Salinas Monge, sin ser agente policial en servicio activo, portaba un arma calibre 38 y esposas; además, detuvo a una persona, cubriéndole la cabeza; y, luego, esa persona detenida, desapareció; l) que un proyectil de un revólver calibre 38 fue encontrado junto a la cabeza de quien en vida se llamó Guime Córdova Encalada; cuando ninguna de las armas de dotación que portaban los policías dentro de la farmacia tenía ese calibre; m) que el apelante Erick Salinas Monge ya había colaborado en anteriores operativos con el Mayor de policía Eduardo González Flores, jefe del operativo, actualmente en status jurídico de prófugo; n) que el recurrente Erick Salinas Monge, en el operativo, actuó en calidad de agente encubierto, esto último, lo sostuvo el doctor Arturo Donoso Castellón, quien realizó la experticia de validación de estándares jurídicos nacionales en la judicialización de casos constitutivos de violaciones a derechos humanos, cuando puso de manifiesto que los ciudadanos que no forman parte de las filas policiales, actúan en esa calidad; ñ) que el apelante Luis Sánchez Chilingua disparó en contra de la humanidad del ahora occiso, quien en

vida se llamó Miguel Quishpe Portilla, quien presenta 6 orificios de entrada, 2 de salida y 2 proyectiles extraídos, trayectoria intraorgánica, de adelante hacia atrás, en los orificios de entrada 1, 2, 5 y 6, trayectoria intraorgánica de atrás hacia adelante, en orificios de entrada 3 y 4, orificios de salida números 1 y 2 con signos romanese; además, se encontró en el cuerpo de la víctima un proyectil HK como la que portaba el recurrente Luis Sánchez Chiliquina; o) que el recurrente Ricardo Llulluma Álvarez disparó en contra de la humanidad del occiso, quien en vida se llamó Genry Aguiar Vargas, quien presenta 6 orificios de entrada, 4 de salida y 2 proyectiles alojados, con trayectoria intraorgánica de atrás hacia adelante, en posición decúbito ventral (boca abajo), orificios de salida números 1 y 2 con características propias del signo de romanese; p) que el propio apelante Ricardo Llulluma Álvarez, al rendir su testimonio, reconoció haber “neutralizado” a la víctima Genry Aguiar Vargas; y, q) que en la escena del hecho punible hubo un uso desmedido de la fuerza policial, sobre todo, por la desproporción de elementos físicos, debido a que se encontraron 36 proyectiles disparados a las víctimas, 4 casquillos dentro de la escena, 28 armas de dotación policial, 2 armas de fuego de los supuestos asaltantes, pero de estas últimas no hubo disparos, lo que evidencia a su vez, que la escena del hecho punible fue modificada.

A partir de lo anotado en el párrafo anterior, se desvirtúan por completo al menos cinco agravios que postularon las defensas de los recurrentes, al momento de fundamentar los recursos de apelación, que a continuación se detallan: a) que el recurrente Douglas Yépez Mogro haya “intervenido” debido a que el ahora occiso, quien en vida se llamó Raúl Salinas Chumacero, quería separar el seguro de una granada, pues hay que tomar en cuenta que ninguna pericia determinó algún vestigio en las granadas al respecto; además, también el hecho relativo a que en la mano izquierda del

ahora occiso, quien en vida se llamó Carlos Andrade, se encontró una granada, mientras que en su otra mano se encontró un paquete de pañales, determina que las granadas fueron puestas en la escena del delito por los agentes de policía, como una coartada; b) que el recurrente Mario Cevallos Loachamín haya utilizado su arma de dotación para evitar que la víctima José Cañar Reyes dispare el fusil AK-47, pues inclusive en el evento de que haya divisado que la víctima José Cañar Reyes, haya tenido la intención de tirar del gatillo del fusil AK-47, no debió apuntar a centros vitales, como en efecto lo hizo, causando la muerte violenta de la víctima; de ahí que no se verifica que este haya actuado “bajo su misión policial de evitar un daño más grave”; c) que el recurrente Héctor Fruto Márquez haya disparado porque vio granadas, lo cual, además, encierra un enunciado vago, genérico e impreciso; en este literal, cabe añadir que el hecho relativo a que el recurrente Héctor Fruto Márquez no haya constado en el informe de la Comisión de la Verdad, no implica per se una prueba de descargo a su favor, tal como adujo su defensa, pues tal informe sirvió como “*noticia criminis*”; d) que el Tribunal *a quo* no solo condenó al apelante Erick Salinas Monge en base a prueba indiciaria; además, su testimonio, no sirvió como medio de prueba y de defensa a su favor, en los términos del artículo 143 del CPP, sino que devino en una coartada, en la medida en que no pudo explicar de manera lógica los motivos por los cuales estuvo en el lugar del hecho punible, sin ser agente policial en servicio activo; y, e) que los recurrentes Luis Sánchez Chiliquina y Ricardo Llulluma Álvarez hayan disparado en contra de las humanidades de los ahora occisos, quienes en vida se llamaron Miguel Quishpe Portilla y Genry Aguiar Vargas, ya porque las víctimas estaban armadas, o ya para “neutralizarlas”; pues asimismo, en esos eventos, no debieron apuntar a centros vitales, sino que estaban en la obligación jurídica de respetar y proteger los derechos humanos de las personas, lo cual, finalmente, no lo hicieron, sino que produjeron las muertes violentas de las víctimas.

Mientras tanto, los recurrentes Marcos Villacrés Asencio, Darwin Condoy Rosero, Darwin Suárez Flores y Luis Cevallos Rosero, tampoco actuaron amparados en la causa de justificación de la orden legítima de la que habla el artículo 18 del CP,²² en la medida en que acataron órdenes ilegales e inconstitucionales, esto es contrarias al ordenamiento jurídico de nuestro país. Efectivamente, a partir del análisis pormenorizado de la prueba de cargo y de descargo, en especial de las actuaciones y los testimonios rendidos por los peritos Víctor Hugo Pernía, Blanca Sánchez Villamizar, María Carbonelli Yáñez, Edgar Sulca Mosquera y Carlos Cueto Vásquez, quienes realizaron la pericia de reconstrucción de los hechos; el análisis complementario de reconstrucción de los hechos; la pericia de estándares jurídicos internacionales en la judicialización de casos constitutivos de graves violaciones a derechos humanos; el informe de inspección ocular técnica; y, peritaje referido a la hermenéutica de dinámicas de actuación policial en la elaboración de partes policiales de operativos antidelinquenciales; respectivamente; así como de los testimonios de los señores David Santos Dávila, Natividad Peña Campoverde, Marilyn Guerrero Montalván, Webster Cevallos Sandoval, César Lozada Fajardo, Carlos Calderón Castro y Santos Javier Quimis empleados de la farmacia Fybeca, surgen varios aspectos básicos: a) que los recurrentes Luis Cevallos Rosero, Marcos Villacrés Asencio y Darwin Condoy Rosero, acordonaron el lugar del hecho punible, formando un cerco de seguridad alrededor de la farmacia Fybeca; b) que los apelantes Darwin Suárez Flores, Darwin Condoy Rosero, Luis Cevallos Rosero y Marcos Villacrés Asencio, alteraron la escena del delito y destruyeron indicios; c) que el recurrente Darwin Condoy Rosero alejó a los transeúntes

²² Art. 180- Mandato de la ley, orden de autoridad y fuerza física irresistible.- No hay infracción cuando el acto está ordenado por la ley, o determinado por resolución definitiva de autoridad competente, o cuando el indiciado fue impulsado a cometerlo por una fuerza que no pudo resistir.

de la escena del delito para que no se advirtiera lo que ocurría en el interior de la farmacia; d) que los apelantes Marcos Villacrés Asencio, Darwin Condoy Rosero, Darwin Suárez Flores y Luis Cevallos Rosero, actuaron de manera ex post al hecho punible, asegurando que no hayan agentes externos en la escena del hecho punible, esto es que no existan testigos para que el delito quede en la impunidad; y, e) que el hecho relativo a que el recurrente Darwin Suárez Flores, haya ingresado a la farmacia Fybeca para interrogar a los empleados de la farmacia, como postuló su defensa, resultó contradictorio con lo manifestado por los testigos presenciales Natividad Peña Campoverde, Marilyn Guerrero Montalván, Webster Cevallos Sandoval, César Lozada Fajardo, Carlos Calderón Castro, Santos Javier Quimis, quienes fueron enfáticos en señalar que permanecieron encerrados por más de dos horas en una bodega, sin que nadie les brinde alguna explicación o puedan constatar los hechos.

Por otra parte, otro de los agravios vertidos, principalmente, por las defensas de los recurrentes Darwin Condoy Rosero, Darwin Suárez Flores y Luis Cevallos Rosero, estuvo dirigido a que este Tribunal de Alzada declare la extinción de la acción penal a su favor.

Al respecto, el artículo 416 del COIP, contempla de manera taxativa las causales para que opere la extinción de la acción penal: “1. Amnistía. 2. Remisión o renuncia libre y voluntaria de la víctima, desistimiento o transacción en los delitos en que procede ejercicio privado de la acción. 3. Una vez que se cumpla de manera íntegra con los mecanismos alternativos de solución de conflictos al proceso penal. 4 Muerte de la persona procesada. 5. Prescripción”.

En el caso *sub lite*, no ha operado ninguna de las causales citadas; en este sentido, las defensas de los mencionados recurrentes, han confundido los límites y alcances del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 5.2 del COIP, que aplicado de manera correcta por el Tribunal *a quo*, declaró la extinción de la pena a favor de los apelantes Marcos Villacrés Asencio, Darwin Condoy Rosero, Darwin Suárez Flores y Luis Cevallos Rosero; pues además, hay que tomar en cuenta que el CP, contemplaba como grado de participación al encubridor (artículo 44); mientras que el COIP lo ha previsto como tipo penal autónomo (artículo 272: fraude procesal); entonces, lo que ya no existe en nuestro ordenamiento penal interno, es el encubridor, como grado de participación, pero resulta una obviedad anotar que el injusto penal de asesinato, materia del presente enjuiciamiento, continúa vigente dentro del catálogo de delitos que prevé el COIP; por tanto, deviene en improcedente la tesis relativa a que se declare la extinción de la acción penal a favor de los apelantes Darwin Condoy Rosero, Darwin Suárez Flores y Luis Cevallos Rosero; y, por ende, se la rechaza.

En relación a la antijuridicidad material, evidenciada por el daño o puesta en peligro del bien jurídico que la ley penal pretende proteger, que para el presente caso es la vida, ésta efectivamente se ha cumplido, puesto que al tratarse de un delito de resultado, debe expresarse mediante la lesión inminente del objeto jurídico, lo cual, también se probó con la prueba de cargo aportada por Fiscalía, en especial, con las actuaciones y los testimonios de los peritos; demostrándose que no sólo se lesionó el bien jurídico protegido, esto es la vida, sino que se terminó violentamente con su existencia, respecto de las ocho víctimas; con lo cual, queda comprobada la categoría dogmática de la antijuridicidad.

En cuanto a la categoría de la culpabilidad de los recurrentes Héctor Adolfo Fruto Márquez, Erick Aquiles Saínas Monge, Mario Rodrigo

Cevallos Loachamín, Douglas Augusto Yépez Mogro, Ricardo Mariano Llulluma Álvarez, Luis Ángel Sánchez Chiquinga, Darwin Stalin Condoy Rosero, Marcos Orlando Villacrés Asencio, Darwin Alejandro Suárez Flores y Luis Gonzalo Cevallos Rosero, entendida como el mero juicio de reproche que realiza la sociedad a quien debiendo actuar de una manera lo ha hecho de otra distinta y al margen de la ley; se establece que dicho juicio tiene como supuestos los componentes correspondientes a la imputabilidad, la conciencia actual o potencial de la antijuridicidad del actuar y la exigibilidad de otra conducta.

En el caso *sub lite*, durante las audiencias de juicio, no se demostró que los apelantes Héctor Adolfo Fruto Márquez, Erick Aquiles Salinas Monge, Mario Rodrigo Cevallos Loachamín, Douglas Augusto Yépez Mogro, Ricardo Mariano Llulluma Álvarez, Luis Ángel Sánchez Chiquinga, Darwin Stalin Condoy Rosero, Marcos Orlando Villacrés Asencio, Darwin Alejandro Suárez Flores y Luis Gonzalo Cevallos Rosero, sean inimputables frente al derecho penal, tampoco que obraron en virtud de error de prohibición vencible o invencible alguno y resulta evidente que no había impedimento que les permita actuar de manera diferente, esto es, apegados a derecho, o a la ley, en forma lícita, cumpliendo a cabalidad con su rol de policías o ya de ciudadanos, esto es, respetando la vida de los seres humanos; o evitando que impere la impunidad, por lo que les era exigible otra conducta enmarcada en los parámetros que han sido expuestos; y, por ende, resulta procedente el reproche social de sus conductas.

En cuanto al grado de participación, el examen de la prueba de cargo y de descargo de las audiencias de juzgamiento, determinó que el 19 de noviembre de 2003, en la ciudad de Guayaquil, en las afueras de la farmacia Fybeca, ubicada en el sector de La Alborada, los recurrentes Héctor Adolfo Fruto Márquez, Mario Rodrigo Cevallos Loachamín, Douglas Augusto Yépez Mogro, Ricardo Mariano Llulluma Álvarez, Luis Ángel

Sánchez Chiliquinga y Erick Salinas Monge, actuaron de manera directa y principal en el ilícito de asesinato tipificado y sancionado en el artículo 450.1, 4, 5 y 6 del CP, en la modalidad de ejecución extrajudicial, esto es que actuaron en calidad de autores, según lo prevé el artículo 42 del CP, de conformidad con lo establecido por el artículo 451 Íbid.

Mientras tanto, los apelantes Darwin Condoy Rosero, Marcos Villacrés Asencio, Darwin Suárez Flores y Luis Cevallos Rosero, al acordonar y modificar la escena del hecho punible, destruyendo elementos de convicción, actuaron en calidad de encubridores del ilícito antes descrito, en los términos que exige el artículo 44 del cuerpo de leyes citado.

Precisamente, los autores Alejandro Groizard y Gómez De La Serna, acerca del encubridor, como grado de participación, señalan que: *“Teniendo solo en consideración el elemento del tiempo, se puede participar en un delito de tres modos: 1. por actos que precedan; 2. por actos que acompañen; y 3. por actos que materialmente subsigan a la acción principal. Las personas que ejecutan estos últimos actos subsiguientes, son generalmente designadas con el nombre de encubridores. No hay peligro de error, en nuestro concepto, en adoptar aquella división y esta nomenclatura, siempre que se sobreentienda que la deliberación, el acuerdo, la resolución de ejecutar tales actos ha de ser también subsiguiente a la perpetración del delito, como lo es la ejecución material de esos mismos actos. Porque si esta resolución es anterior a la perpetración del delito, entonces los principios y la doctrina clasificarán a los que ejecutan aquellos actos, a pesar de ser subsiguientes,*

como cómplices, en la mayor parte de los casos; como autores en otros, pero en ninguno como encubridores."²³

En el caso que se juzga, los recurrentes Darwin Condoy Rosero, Marcos Villacrés Asencio, Darwin Suárez Flores y Luis Cevallos Rosero, actuaron de manera ex post a la producción del injusto penal, materia del presente enjuiciamiento, con la intención de favorecer, ya acordonando la escena del hecho punible, ya modificando o alterando tal escena y destruyendo elementos de convicción, para evitar su represión, de acuerdo a lo previsto por el artículo 44 del CP.

Bajo los parámetros anotados, los Juzgadores de Mérito arribaron a tal inequívoca conclusión, valorando todo el acervo probatorio actuado en las audiencias de juzgamiento, conforme los parámetros expuestos en los artículos 85, 86, 87 y 88 del CPP; sin que exista falta de certeza, como planteó la defensa del apelante Marcos Villacrés Asencio, o peor aún, sin que se haya generado duda razonable en el Juzgador, tal como postuló la defensa del recurrente Héctor Fruto Márquez, máxime si se considera que la figura de la duda razonable se la incorpora en nuestro ordenamiento jurídico interno a partir de la entrada en vigencia del COIP (artículo 5.3); mientras que la normativa del CPP (artículos 252 y 304-A), habla únicamente de la certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado, como exigencia para que el Juzgador dicte sentencia condenatoria; y, precisamente, en el caso que nos ocupa, tal certeza se ha obtenido con base a la valoración de las pruebas de cargo y de descargo aportadas por los sujetos procesales en las dos audiencias de juzgamiento; de tal suerte que se ha comprobado conforme a derecho, el nexo causal

²³ Alejandro Groizard y Gómez De La Serna. El Código Penal de 1870. IMPRENTA DE TIMOTEO RNAÍZ, Plaza del Mercado, n.º 17. Tomo I. p. 502

entre la infracción de asesinato, tipificada en el artículo 450.1, 4, 5 y 6 del CP, de acuerdo a lo previsto por el artículo 451 del CP, en la modalidad de ejecución extrajudicial, y la responsabilidad penal de los recurrentes Héctor Adolfo Fruto Márquez, Erick Aquiles Salinas Monge, Mario Rodrigo Cevallos Loachamín, Douglas Augusto Yépez Mogro, Ricardo Mariano Llulluma Álvarez y Luis Ángel Sánchez Chilingua, Darwin Condoy Rosero, Marcos Villacrés Asencio, Darwin Suárez Flores y Luis Cevallos Rosero, tal como prescribe el artículo 88 del CPP.

En esta misma línea de disquisiciones jurídicas, se estima pertinente agregar que las penas que impuso los Juzgadores *a quo* a los apelantes Héctor Adolfo Fruto Márquez, Erick Aquiles Salinas Monge, Mario Rodrigo Cevallos Loachamín, Douglas Augusto Yépez Mogro, Ricardo Mariano Llulluma Álvarez y Luis Ángel Sánchez Chilingua, cumplen con los principios de legalidad y de proporcionalidad, en relación con el daño causado y el bien jurídico protegido, esto es, la vida; tomando en cuenta además, que se conculcaron derechos humanos de estas.

De otro lado, en cuanto al recurso de apelación del recurrente Carlos Pérez Asencio, este Tribunal de Alzada considera que tanto el testimonio del fiscal Roberto Cabrera Carrillo, así como la prueba documental presentada en su contra, resulta inocua, sobre todo, para haber demostrado el elemento subjetivo del delito, esto es que Fiscalía no pudo acreditar que el apelante Carlos Pérez Asencio haya actuado con dolo, entendido como la conciencia y la voluntad de cometer el tipo objetivo de un delito, en términos del profesor español Francisco Muñoz Conde.²⁴ En efecto, tanto Fiscalía como la acusación particular le pregunta al fiscal Roberto Cabrera

²⁴ Muñoz Conde, Francisco, *Teoría General del Delito*, Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, 2005, p. 180.

Carrillo, tres aspectos claves: a) cómo el recurrente Carlos Pérez Asencio conocía que estaba en su poder la denuncia presentada por la señora Dolores Vélez Párraga, responde: “No sé cómo él conocía que tenía la denuncia”; b) en qué fechas recibió la denuncia de la señora Dolores Vélez Párraga y cuánto tiempo transcurrió desde que esta presentó tal denuncia hasta que habló con el apelante Carlos Pérez Asencio, responde: “la denuncia tiene fecha 19 de noviembre de 2003 y remití el oficio con fecha 8 de diciembre de 2011”; y, c) si realizó alguna diligencia investigativa con relación a la denuncia, responde: “no”. A partir de tales respuestas, así como de la prueba de cargo, este Tribunal de Apelación, infiere con meridiana claridad lo siguiente: a) que por el lapso de 8 años, esto es desde el 19 de noviembre de 2003 hasta el 8 de diciembre de 2011, la denuncia presentada por la señora Dolores Vélez Párraga estuvo en poder del fiscal Roberto Cabrera Carrillo y no en manos del apelante Carlos Pérez Asencio; b) que el señor Carlos Pérez Asencio, como ex fiscal, coadyuvó en la elaboración del informe realizado por el General Marcelo Vega Gutiérrez, Inspector General de la Policía Nacional, sobre todo, en la toma de versiones a las acusadoras, dándole un marco legal y jurídico; b) que el recurrente Carlos Pérez Asencio, tenía a su cargo la investigación de un caso en el que se ventilaban presuntas desapariciones, esto es que debía adelantar investigaciones en materia de otro juicio, por tanto, no estaba obligado ni reglamentaria, ni legalmente a realizar investigaciones dentro de la presente causa, más allá inclusive de que haya o no pedido el expediente de este causa, al fiscal titular Roberto Cabrera; o ya en fin, inclusive en el evento de que una la señora Dolores Vélez Párraga le haya entregado la denuncia, pues se hace hincapié en que tal denuncia, desprovista de diligencia investigativa alguna, estuvo en poder del fiscal Roberto Cabrera Carrillo, por 8 años consecutivos. Por consiguiente, el testimonio del fiscal Roberto Cabrera Carrillo, así como la incipiente prueba de cargo actuada por Fiscalía en contra del recurrente Carlos Pérez

Asencio, fue vaga e imprecisa para determinar que el recurrente Carlos Pérez Asencio haya actuado con dolo dentro del ilícito que se juzga; y, en este sentido, de ninguna manera se puede establecer que el señor Carlos Pérez Asencio haya tenido algún grado de participación en el injusto penal, en razón de su profesión o empleo, de su arte u oficio, haya ocultado o alterado la verdad, con el propósito de favorecer al delincuente, o mucho menos que haya cometido un “delito de omisión”, tal como arguyeron erradamente las acusaciones públicas y particular.

Bajo los parámetros fácticos y jurídicos expuestos, el recurso de apelación interpuesto por el recurrente Carlos Pérez Asencio, tiene pleno asidero jurídico; y, por ende, se lo acepta.

En consecuencia, de conformidad con lo preceptuado por los artículos 304, 309-A, 311, 312 y 345 del CPP, este Tribunal de Apelación la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar y Penal Policial 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**, resuelve lo siguiente:

1. Desestimar los recursos de apelación interpuestos por los acusados Héctor Adolfo Fruto Márquez, Erick Aquiles Salinas Monge, Mario Rodrigo Cevallos Loachamín, Douglas Augusto Yépez Mogro, Ricardo Mariano Llulluma Álvarez, Luis Ángel Suárez Chilibuquina, Darwin Stalin Condoy Rosero, Marcos Orlando Villacrés Asencio, Darwin Alejandro Suárez Flores y Luis Gonzalo Cevallos Rosero;
2. Aceptar el recurso de apelación interpuesto por el apelante Carlos Eduardo Pérez Asencio;

3. Reformar la sentencia dictada el 16 de diciembre de 2014, únicamente en lo que concierne a la situación jurídica del recurrente Carlos Eduardo Pérez Asencio; y, en tal virtud, confirmar su estado de inocencia;
4. Confirmar en lo demás el fallo dictado el 16 de diciembre de 2014;
5. Confirmar en todas sus partes la sentencia dictada el 24 de noviembre de 2015;
6. Revocar todas las medidas de orden personal y real que hayan sido dictadas en contra del señor Carlos Eduardo Pérez Asencio; para tal efecto, la actuario de la Sala, oficiará a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de todos los cantones del país, así como al Director Nacional de Migración; y,
7. Con el objetivo de cumplir con lo ordenado en los artículos 82 y 172, inciso segundo, de la Constitución de la República, que garantizan la seguridad jurídica y el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia, se dispone que por Secretaría de Sala, una vez ejecutoriada esta sentencia, se devuelva inmediatamente el expediente al Tribunal de origen, para los fines legales consiguientes.

Notifíquese y cúmplase.- f) Dr. Luis Enríquez Villacrés, **JUEZ NACIONAL PONENTE** f) Dr. Miguel Jurado Fabara, **JUEZ NACIONAL**; f) Dr. Marco Maldonado Castro, **CONJUEZ NACIONAL**.- Certifico: f) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

CERTIFICO: Las cincuenta y tres (53) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito, 25 de abril del 2017


Dr. Carlos Rodríguez García
SECRETARIO RELATOR

JUICIO No. 1193-2015
RESOLUCION No. 2097-2016
RECURSO: CASACION
PROCESADO: HÉCTOR RAFAEL PACHECO CALLE
DELITO: CONTRABANDO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

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

Juicio No. 1193-2015

Recurso de Casación

JUEZA NACIONAL PONENTE: Dra. Sylvia Sánchez Insuasti

Quito, Lunes 14 de noviembre de 2016.- las 15h13.-

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

I. ANTECEDENTES

1.1 ANTECEDENTES PROCESALES.-

1.1.1 La Unidad Judicial con sede en el cantón Macará, el 10 de abril de 2015, las 12h10, dictó sentencia condenatoria en contra de Héctor Rafael Pacheco Calle, por ser autor responsable del delito de contrabando, tipificado y sancionado en el artículo 301.2 del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndole la pena reducida de DOCE MESES de privación de la libertad y al pago de la multa de cinco salarios básicos unificados del trabajador en general, de conformidad con el artículo 70.5 ibídem. Por ser legal y pertinente el pedido de suspensión condicional de la pena, solicitada por el procesado señor Héctor Rafael Pacheco Calle, de conformidad con el artículo 630 del Código Orgánico Integral Penal, se acepta, bajo las siguientes condiciones, previstas en el artículo 631 ibídem:

- (i) Cambiar de domicilio, sin antes comunicar este particular al Juez de la Unidad Penal de Macará;
- (ii) Salir del país, sin previa autorización del Juez;
- (iii) Presentarse el primer día laborable de cada mes, ante el fiscal de la causa;
- (iv) Poner a órdenes de la Unidad Judicial de Macará, en el término de 5 días, el bus comisado;
- (v) Cancelar la multa, impuesta de conformidad con el artículo 70.5 del Código Orgánico Integral Penal, de cinco básicos unificados del trabajador en general, en el plazo de 30 días; y, cancelar la multa correspondiente al delito, de quince mil quinientos ochenta y siete punto noventa (15.587,90) dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, en el plazo de doce meses¹; y,
- (vi) No tener instrucción fiscal por un nuevo delito.

1.1.2 De esta sentencia, el procesado señor Héctor Rafael Pacheco Calle, interpone recurso de apelación, cuyo conocimiento recayó en la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja, que el 11 de julio de 2015, las 10h01, resolvió por unanimidad, revocar la sentencia impugnada exclusivamente en la parte en la que se impone la pena de comiso sobre el vehículo de placas LAA1053, y ordenar la devolución inmediata de dicho automotor al Banco de Loja, así como revocar la pena de la multa de cinco salarios básicos unificados del trabajador en general, quedando vigente la multa prevista en el artículo 301 del COIP; y, reformar el cumplimiento de presentación periódica del proceso, ante un juez de garantías penitenciarias de Loja y no ante el fiscal de la causa².

1.1.3 La abogada Jhoanna Vanessa Acaro Orbe, en representación de la Dirección Distrital del Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador en Loja (en adelante SENAE-Loja), interpone oportunamente, recurso de casación, de la sentencia emitida por el

¹ Cuaderno del Tribunal de Garantías Penales con sede en Ibarra, fs. 95-106

² Cuaderno de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, fs. 22-26 vta.

tribunal de segunda instancia. Por la fecha en la que ocurrieron los hechos, y ha sido presentado el recurso de casación, corresponde aplicar el Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014.

1.2 ANTECEDENTES DE HECHO.-

1.2.1 El 28 de enero de 2015, a las 01h00, en el cantón Macará, Av. Jaime Roldós y Catamayo, miembros de vigilancia aduanera ingresan a la Cooperativa Unión Cariamanga, lugar en el que hallan el vehículo de placas LAA 1053, conducido por Héctor Rafael Pacheco Calle, que transportaba: 5 bultos medianos de ropa de vestir y dos bultos pequeños con accesorios de celulares y celulares nuevos, mercancía que ascendía a la cantidad de diez mil novecientos veintiocho punto cincuenta y un (10.928,51) dólares americanos. El vehículo se retuvo provisionalmente.

1.2.2 Al ser cuestionado acerca de la proveniencia de la mercadería, el señor Héctor Rafael Pacheco Calle, explicó que no tenía documentación alguna que acreditara su tenencia y movilización legales, las que transportó mientras cubría la frecuencia Piura-Macará-Loja.

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

1.3.1 SENA-Loja³

La abogada Jhoanna Vanessa Acaro Orbe, en representación de SENA-Loja, fundamenta el recurso de casación propuesto, manifestando en lo principal que:

- El Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador, ha quedado totalmente en indefensión, por cuanto en la sentencia emitida por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja, no se ha establecido el monto que equivale a reparación integral, consagrada en los artículos 78 de la

³ Expediente de la Corte Nacional de Justicia, acta de la audiencia de fundamentación del recurso, f. 19, 19va

Constitución de la República del Ecuador y 77 del Código Orgánico Integral penal, multa que sí fue impuesta por el juez de primera instancia, de conformidad con el artículo 70.7 del Código Orgánico Integral Penal.

- Solicita que se case la sentencia impugnada, se revoque lo decidido y en su lugar, se condene al procesado a cancelar la multa establecida en el artículo 70.7 del Código Orgánico Integral Penal, que constituye una expresión económica del derecho a la reparación integral a la víctima.

1.3.2 Fiscalía General del Estado⁴

El doctor José García Falconí, delegado de la Fiscalía General del Estado, interviene indicando en lo principal:

- El Derecho Penal tiene dos lados, el de los derechos del procesado y el de los derechos de la víctima, últimos que están reconocidos en los artículos 11.2, 77 y 78 del Código Orgánico Integral Penal y, 78 de la Constitución de la República del Ecuador, que establece la reparación integral de la víctima, que consiste en subsanar el daño material e inmaterial, daños y perjuicios, lucro cesante y daño emergente.
- En la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja existe contravención expresa, del artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador, por lo que corresponde al Tribunal de Casación, casar de oficio la sentencia.

1.3.3 Héctor Rafael Pacheco Calle⁵

El Defensor Público, doctor Wilson Camino, defensor del procesado señor Héctor Rafael Pacheco Calle, contesta a la fundamentación del recurso, diciendo:

- No se ha fundamentado la casación conforme fue admitida, sino que se pretende ir más allá, al solicitar una supuesta reparación integral, alegación

⁴ Ibíd., acta de la audiencia de fundamentación del recurso, f. 20

⁵ Ídem., acta de la audiencia de fundamentación del recurso.

que no consta como admitida por el Tribunal de Casación.

- Solicita se declare improcedente el recurso de casación por falta de fundamentación, ya que la sentencia de la Corte Provincial de Justicia de Loja, en la parte resolutive dice: *“quedando vigente la pena de multa”*.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1 COMPETENCIA.-

2.1.1 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 25 de agosto de 2015, las 16h02, 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 Judicial⁶; y, la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional y el doctor Jorge M. Blum Carcelén, Juez Nacional.

2.1.2 En concordancia con lo dispuesto en el artículo 174 del Código Orgánico de la Función Judicial⁷, integra el Tribunal en la audiencia oral, pública y de contradictorio de fundamentación del recurso de casación, el doctor Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional, por licencia concedida a la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional, de conformidad con el Oficio No. 1163-SG-CNJ-MBZ, de 26 de agosto de 2016, suscrito por el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

2.1.3 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

⁶ Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 141.- Siempre que la resolución deba ser dictada por un tribunal, existirá una jueza o juez ponente.

⁷ Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 174.- “En caso de ausencia o impedimento de una jueza o juez que deba actuar en determinados casos, la Presidenta o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia llamará, previo el sorteo respectivo a una conjeza o conjuez para que lo reemplace.”

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; y 399 del Código Orgánico Integral Penal.

2.2 VALIDEZ PROCESAL.-

El presente recurso de casación, 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, II y III del Título Noveno del Código Orgánico Integral 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.

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

2.3.1 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.”*

2.3.2 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”.*

2.3.3 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”*

2.3.4 El Código Orgánico Integral Penal, aplicable al presente caso, en el artículo 656 establece: *“Art. 656.- Procedencia - El recurso de casación es de competencia de la Corte Nacional de Justicia y procederá contra las sentencias, cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente. No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba”*.

Por su parte, el artículo 652.1 del Código Orgánico Integral Penal, consagra el principio de legalidad de los recursos, en virtud del cual: *“Las sentencias, resoluciones o autos definitivos serán impugnables solo en los casos y formas expresamente determinados en este Código”*.

2.3.5 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 literal⁸.

2.3.6 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 impugnada⁹”.

2.3.7 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

⁸ 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.

⁹ 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 (...)”

2.3.8 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 sustancial por alguna de las causales expresamente determinadas en la normativa adjetiva penal –contravención expresa, indebida aplicación, errónea interpretación-; al Tribunal de Casación, no le compete pronunciarse sobre errores relativos a la tramitación de la causa, conocidos como errores “*in procedendo*”, los cuales tienen una vía de impugnación distinta, esto es, nulidad y apelación, -segunda instancia- que inexorablemente debió haberse agotado previo a la interposición del recurso de casación, ergo, existe ya un pronunciamiento al respecto. Además, debe precisarse que en sede casación, por imperativo legal, está prohibido volver a valorar prueba.

2.4 PROBLEMAS JURÍDICOS A SER RESUELTOS POR EL TRIBUNAL.-

2.4.1. Aplicación simultánea de multas legalmente previstas.- No existe un doble ejercicio punitivo, al aplicar más de una multa legalmente contemplada, ya que, si bien las multas se aplican a un mismo sujeto, por los mismos hechos, el propósito de su aplicación es distinto.

2.5 ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.-

2.5.1 La casacionista, abogada Jhoanna Vanessa Acaro Orbe, en representación de SENAE-Loja, contrajo su argumentación, estrictamente, a la existencia de un error de derecho en la sentencia objetada, por haberse contravenido expresamente el artículo 70.7 del Código Orgánico Integral Penal, que prescribe:

“Art. 70.- Aplicación de multas.- En las infracciones previstas en este Código se aplicará además la pena de multa conforme con las siguientes disposiciones:

7. En las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad de tres a cinco años se aplicará la multa de diez a doce salarios básicos unificados del trabajador en general”. [Las negrillas no pertenecen al texto original]

Al respecto, conviene precisar que la contravención expresa, es la modalidad de violación a la ley, en la que el juzgador omite aplicar una disposición jurídica, ya sea porque: (i) Ignora su existencia; (ii) Cree que no está vigente; o, (iii) Acepta su vigencia pero considera que no es aplicable al caso concreto. Esto último, es lo que ha ocurrido en el caso *subjúdice*, en el que la Corte de Apelaciones, en el numeral 5.4 de su sentencia, “Análisis de los hechos probados”, estableció que:

“II) En cuanto a la doble multa que se ha impuesto al procesado, la misma es evidentemente violatoria del principio de legalidad, prevista en el Art. 226 de la Constitución de la República, que imperativamente establece que los servidores públicos que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la Ley. En el presente caso, la ley sustantiva penal de manera general no posibilita imponer dos penas similares por el mismo delito, el único caso en el que se prevé la posibilidad de aplicar una doble multa a más de la prevista en el tipo penal es cuando no es posible ordenar el comiso de un bien (véase Arts. 69, numeral 2, incisos 3ro y 4to del COIP). Por tanto, el juzgador a quo no tiene base legal para imponer una doble pena de similar naturaleza por un mismo delito, salvo la excepción señalada que no es en el presente caso, puesto que el Juez sí dictó comiso...”

La imposición de distintas penas de diversa naturaleza, dentro de un mismo proceso penal, no es una acción violatoria del principio de prohibición de doble juzgamiento, *non bis in ídem*, consagrado en los artículos 76.7.i) de la Constitución de la

República¹⁰, 5.9 del Código Orgánico Integral Penal¹¹, 7.14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹², y 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹³; esto debido a que, para que se pueda invocar la violación del principio, es necesario que exista identidad de sujeto, objeto y causa, en las sanciones que se predicán doblemente ejercidas, criterio sobre el cual la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia¹⁴ y la Corte Constitucional del Ecuador¹⁵, se han pronunciado en sus sentencias.

En el presente caso, en primera instancia, el procesado fue condenado a las siguientes penas:

- a) Pena privativa de la libertad.- Doce meses. Pena que fue suspendida de conformidad con los artículos 630 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal.
- b) Pena de multa.- La contenida en los artículos 70.7 y 301 del Código Orgánico Integral; y, comiso especial del vehículo de placas LAA 153.

El tribunal de apelaciones, modificó parcialmente la sanción impuesta al procesado, revocando el comiso especial del vehículo de placas LAA 153, por pertenecer al

¹⁰ “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:

i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto”.

¹¹ “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:

9. Prohibición de doble juzgamiento: ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto. La aplicación de sanciones administrativas o civiles derivadas de los mismos hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituye vulneración a este principio”.

¹² “Artículo 14.- 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

¹³ “Artículo 8, Garantías Judiciales.- 4. El inculpaado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

¹⁴ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Juicio No. 0732-2012-P-LBP, 25 de abril de 2013.- Las 15H00.-, http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala_penal/2013mj/R454-2013-J732-2012-DELITO%20CONTRA%20EL%20PATRIMONIO%20CULTURAL.pdf

¹⁵ Registro Oficial Suplemento No. 797, de 26 de septiembre de 2012, Sentencia No. 230-12-SEP-CC1.

Banco de Loja, en razón de un fideicomiso mercantil irrevocable; y, la multa de cinco salarios básicos unificados del trabajador en general, por considerar que no pueden aplicarse dos penas de multas, al mismo procesado, en la comisión de un delito.

Sin embargo, no existe un doble ejercicio punitivo, al aplicar más de una multa legalmente contemplada, ya que, si bien las multas se aplican a un mismo sujeto, por los mismos hechos, el propósito de su aplicación es distinto. La primera multa, contemplada en el artículo 301 del Código Orgánico Integral Penal, que hace parte del tipo penal de contrabando, pretende que la pena restrictiva de la propiedad resarza el daño provocado contra la administración aduanera, que es el bien jurídico protegido. Mientras que, la segunda multa, prevista en el artículo 70.7 del Código Orgánico Integral Penal, hace parte del derecho a la víctima a la reparación integral, consagrada en el artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador¹⁶.

Únicamente mediante este razonamiento, puede entenderse lo prescrito en el artículo 55 del Código Orgánico Integral Penal, que dice: “Art. 55.- *Acumulación de penas.- La acumulación de penas privativas de libertad procede hasta un máximo de cuarenta años.*”

Las multas se acumulan hasta el doble de la máxima impuesta. [Las negrillas no pertenecen al texto original]. La aplicación de las penas privativas de la libertad, no privativas de la libertad y restrictivas de la propiedad, garantizan el cumplimiento del principio de seguridad jurídica, que consta en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador¹⁷, puesto que la sujeción, por parte de los juzgadores, a la Constitución y a las normas jurídicas vigentes, asegura la confianza de los justiciables en el sistema de administración de justicia.

¹⁶ “Art. 78.- Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales”.

¹⁷ “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”.

III. DECISIÓN

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 657.5 del Código Orgánico Integral Penal, EN VOTO DE MAYORÍA, casa la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja, por contravención expresa del artículo 70.7 del Código Orgánico Integral Penal; enmendando dicho error de derecho, se condena al procesado señor Héctor Rafael Pacheco Calle, al pago de la multa contenida en el artículo 70.7 ibídem, esto es, 10 SALARIOS BÁSICOS UNIFICADOS DEL TRABAJADOR EN GENERAL, que constituye una expresión del derecho a la reparación integral que asiste a las víctimas, de conformidad con el artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador. La multa deberá ser cancelada en el mismo plazo establecido para la suspensión condicional de la pena, esto es, 12 MESES. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen. **Notifíquese y cúmplase.- f) Dra. Sylvia Sánchez Insuasti.- JUEZA NACIONAL PONENTE.- f) Dr. Jorge M: Blum Carcelén.- JUEZ NACIONAL.- Dr. Edgar Flores Mier.- CONJUEZ NACIONAL.- VOTO SALVADO.- Certifico.-f).- Dr. Carlos Rodríguez García.- SECRETARIO RELATOR.-**

VOTO SALVADO: Dr. Edgar Flores Mier.- **CONJUEZ NACIONAL PONENTE**

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.- Quito, **Lunes 14 de noviembre de 2016.- las 15h13.-**

VISTOS: De la sentencia dictada por la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, que acepta el recurso de apelación interpuesto por el procesado Héctor Rafael Pacheco Calle, revocando la sentencia dictada por la Unidad Judicial Penal con sede en la ciudad de Macará, en cuanto a

dejar sin efecto el comiso del vehículo de placas LAA-1053; la multa de cinco salarios básicos unificados de trabajador en general, quedando vigente la pena de multa prevista en el artículo 301 del COIP, que establece el tipo penal del delito de contrabando impuesta por el Juez a-quo en la cantidad \$ 12.587,90; la pena privativa de libertad de doce meses; suspensión condicional de la pena, bajo las siguientes condiciones, previstas en el artículo 631 ibídem: Cambiar de domicilio, sin antes comunicar este particular al Juez de la Unidad Penal de Macará; salir del país, sin previa autorización del Juez; presentarse el primer día laborable de cada mes, ante uno de los jueces de Garantías Penitenciarias de la ciudad de Loja, que se designará por sorteo, por el plazo de doce meses; y, cancelar la multa correspondiente al delito, de quince mil quinientos ochenta y siete punto noventa (15.587,90) dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, en el plazo de doce meses; y, (vi) No tener instrucción fiscal por un nuevo delito. La abogada Jhoanna Vanessa Acaro Orbe, representante de la Dirección Distrital del Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador en Loja –SENAE-Loja-, interpone oportunamente, recurso de casación, una vez dado el trámite legal correspondiente y encontrándose la causa en estado de resolver para hacerlo se considera:

PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución N° 01-2015 de 25 de enero de 2015, integró sus seis Salas Especializadas conforme lo dispone el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial, sustituido por el artículo 8 de 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, tiene competencia para conocer el presente recurso según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, y 9 de la Ley Reformatoria invocada. Por lo expuesto, avocamos conocimiento de la causa, por sorteo realizado la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, como Jueza Nacional ponente y conforme al artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial; además integran el Tribunal los doctores: Jorge Blum Carcelén y

Edgar Flores Mier, Juez y Conjuez Nacionales, este último por licencia de la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional, de conformidad con el oficio N° 1163-SG-CNJ-MBZ, de 26 de agosto de 2016, suscrito por el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.

El recurso de casación ha sido tramitado conforme las normas procesales de los artículos 656 y 657 del Código Orgánico Integral Penal, y lo dispuesto en el artículo 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador, al no haberse verificado la existencia de violaciones de procedimiento que puedan afectar su eficacia procesal, se declara su validez.

TERCERO: ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA Y ACTUACIONES PROCESALES.

Dentro de la presente causa, previo a la realización de la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, los sujetos procesales han solicitado al señor Juez de la Unidad Judicial Penal del cantón Macará, la aplicación del procedimiento abreviado, toda vez que Fiscalía acusa al procesado Héctor Rafael Pacheco Calle, del delito previsto en el artículo 301 del COIP –contrabando--, petición que es acogida por el Juez *a-quo*, por cumplirse con los requisitos establecidos en el artículo 635 *ibídem*. De la investigación realizada por Fiscalía, se conoce que: el 28 de enero de 2015, a la 01h00, en la Av. Jaime Roldós y Catamayo, de la ciudad de Macará, provincia de Loja, personal de Vigilancia Aduanera, en el vehículo de placas LAA-1053, disco 07, de la Cooperativa Unión Cariamanga, conducido por Héctor Rafael Pacheco Calle, han encontrado cinco bultos medianos de prendas de vestir, dos bultos pequeños de mano con accesorios de celulares y celulares, mercancía que asciende a la cantidad de 10.928,51 y el valor de los posibles tributos a recaudarse es de 4.659,39 dólares americanos. Que el procesado no ha podido justificar la proveniencia de la mercadería, ni la documentación que acredite su tenencia y movilización, mientras cubría la frecuencia Piura-Macará-Loja.

CUARTO: ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACION DEL RECURSO DE CASACIÓN

Según auto de admisión del recurso de casación, de fecha 12 de enero de 2016, las 14h43, interpuesto por la SENAE-Loja, ha sido aceptado *“exclusivamente, respecto a la contravención expresa del artículo 70 numeral 7 del Código Orgánico Integral Penal”*, llevada a efecto la audiencia oral, pública y de contradictorio, en la que los sujetos procesales expusieron:

4.1. SENAE-Loja¹⁸

La abogada Jhoanna Vanessa Acaro Orbe, en representación de SENAE-Loja, fundamenta el recurso de casación propuesto, manifestando en lo principal que:

- El Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador, ha quedado totalmente en indefensión, por cuanto en la sentencia emitida por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja, no se ha establecido el monto que equivale a reparación integral, consagrada en los artículos 78 de la Constitución de la República del Ecuador y 77 del Código Orgánico Integral penal, multa que sí fue impuesta por el juez de primera instancia, de conformidad con el artículo 70.7 del Código Orgánico Integral Penal.
- Solicita que se case la sentencia impugnada, se revoque lo decidido y en su lugar, se condene al procesado a cancelar la multa establecida en el artículo 70.7 del Código Orgánico Integral Penal, que constituye una expresión económica del derecho a la reparación integral a la víctima.

4.2. Fiscalía General del Estado¹⁹

El doctor José García Falconí, delegado de la Fiscalía General del Estado, interviene indicando en lo principal:

¹⁸ Expediente de la Corte Nacional de Justicia, acta de la audiencia de fundamentación del recurso, f. 19, 19vta

¹⁹ *Ibid.*, acta de la audiencia de fundamentación del recurso, f. 20

- El Derecho Penal tiene dos lados, el de los derechos del procesado y el de los derechos de la víctima, últimos que están reconocidos en los artículos 11.2, 77 y 78 del Código Orgánico Integral Penal y, 78 de la Constitución de la República del Ecuador, que establece la reparación integral de la víctima, que consiste en subsanar el daño material e inmaterial, daños y perjuicios, lucro cesante y daño emergente.
- En la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja existe contravención expresa, del artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador, por lo que corresponde al Tribunal de Casación, casar de oficio la sentencia.

4.3. Héctor Rafael Pacheco Calle²⁰

El Defensor Público, doctor Wilson Camino, defensor del procesado señor Héctor Rafael Pacheco Calle, contesta a la fundamentación del recurso, diciendo:

- No se ha fundamentado la casación conforme fue admitida, sino que se pretende ir más allá, al solicitar una supuesta reparación integral, alegación que no consta como admitida por el Tribunal de Casación.
- Solicita se declare improcedente el recurso de casación por falta de fundamentación, ya que la sentencia de la Corte Provincial de Justicia de Loja, en la parte resolutive dice: *“quedando vigente la pena de multa”*.

QUINTO: ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE LA SALA.

5.1. Parámetros para analizar el recurso de casación.

²⁰ Ídem., acta de la audiencia de fundamentación del recurso.

El recurso de casación es un mecanismo de impugnación que se dirige, por naturaleza, al análisis del ordenamiento jurídico y su aplicación a los casos concretos presentados ante la Corte Nacional de Justicia, con el fin de que los resuelva. Esta especificación, que ayuda a dotarlo de una naturaleza extraordinaria, deja entrever que para que el análisis de un determinado fallo se torne relevante en sede de casación, es necesario un componente básico relacionado con la existencia de un error *in iudicando* en su contenido, el cual se genera taxativamente por el acaecimiento de alguno de los supuestos de hecho que trae el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

Estos supuestos, se refieren a la manera en la que el juzgador se vale del ordenamiento jurídico vigente para resolver la controversia que se le presenta, pudiendo errar en dos áreas de esta actividad. La primera de estas áreas es la subsunción, que se resume en la adaptación del relato fáctico obtenido de la valoración probatoria que ha efectuado el juez, al supuesto de hecho que requiere una mentada norma jurídica para su aplicación; en este sentido, 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 suceso ilícito que hace el juzgador, 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.

La segunda de las áreas en las que se puede presentar el 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 es solo uno el error que puede presentarse, este es, 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, solo se dirige al sentido y alcance que el juzgador le ha dado a las consecuencias jurídicas que devienen de las normas utilizadas para resolver.

No está por demás decir, aunque se sobreentiende de lo ya expuesto, que la casación se constriñe a la revisión de las sentencias emitidas por los tribunales de instancia, por lo que cualquier otra providencia dictada por los órganos jurisdiccionales, queda excluida de ser analizada mediante este mecanismo de impugnación. Así también, cabe advertirle al recurrente, que el principio de trascendencia, postulado de gran importancia en la etapa de impugnación, exige que los cargos que se propongan en contra del fallo de instancia, tengan relevancia en su parte dispositiva, para que puedan conllevar a la aceptación del correspondiente recurso.

5.2. La casación al ser un medio de impugnación extraordinario, está sometido a restricciones para su procedencia, se ha configurado en interés de la ley para un control de legalidad de la sentencia impugnada. En tal virtud, el recurso de casación constituye un instrumento protector de los derechos humanos y de las garantías constitucionales de los sujetos procesales, teniendo como objeto alcanzar la justicia y recuperar la paz social. Asimismo, la casación constituye una manifestación del ejercicio del derecho de impugnación, garantizado en el artículo 76.7.m) de la Constitución de la República, en relación con el artículo 8.2.h) de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que señala: *“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”*, norma que guarda concordancia con el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece: *“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”*.

En la casación penal hay que tener en cuenta que lo que procede es el examen de la sentencia recurrida, para determinar posibles violaciones en ella a la ley, ya por haberse contravenido expresamente a su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de la misma; ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente, como dispone el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal. El recurso de casación es especial y extraordinario, el mismo que tiene como objeto de estudio la sentencia

impugnada, sin relación con la prueba actuada, impidiendo una nueva apreciación de las pruebas que han sido consideradas por el juzgador en la sentencia, sin que tampoco pueda realizarse un nuevo estudio del proceso, como ha sido el criterio mantenido por la jurisprudencia de la Ex Corte Suprema y actual Corte Nacional de Justicia. No obstante, cuando el juzgador comete errores de derecho en la valoración de la prueba, procede su corrección.

5.3. Los objetivos del recurso de casación se contraen a tres: el imperio de la ley, es decir la aplicación correcta; la uniformidad de la jurisprudencia, para que los jueces den igual interpretación a igual ley y en iguales circunstancias; y, la rectificación del agravio inferido a una de las partes procesales. Sin dejar de mencionar que a través del recurso de casación, el Estado vela por la aplicación correcta del derecho, sin que importe el interés del agraviado, sino el interés del Estado para la vigencia efectiva de los derechos y garantías establecidos en la Constitución de la República y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

SEXTO: ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.

La abogada Jhoanna Vanessa Acaro Orbe, en representación de la SENAE-Loja, como fundamento del recurso de casación, ha dicho que en la sentencia del tribunal ad-quem, se ha infringido la ley al no haberse establecido el monto que equivale a la reparación integral, consagrada en los artículos 78 de la Constitución de la República del Ecuador y 77 del Código Orgánico Integral Penal, específicamente por contravención expresa de texto del artículo 77.7 *ibídem*.

5.1. La reparación integral.- En cuanto al tema de la reparación integral, este órgano jurisdiccional, ha señalado (CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar y Tránsito. Recurso de Casación No. 997-2012 Nolvos Cueva vs Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas (injurias) Voto Salvado Dra. Gladys Terán Sierra.) :

(...) este Tribunal, para ahondar en un correcto análisis del caso *sub iudice* abordará lo atinente a la "reparación integral" (Ver artículo "La Reparación Integral en el Proceso Penal y en la Constitución de la República del Ecuador", Revista Ensayos Penales. Edición No. 1, febrero 2013. Corte Nacional de Justicia del Ecuador, pp. 20-32) ; más aún,

si se considera el marco del Estado constitucional de derechos y justicia que impera en nuestro país a partir de la entrada en vigencia de la Constitución del 2008, y el paradigma garantista que se erige en nuestra sociedad; reparación integral, la cual, más allá de ser abordada como un concepto abstracto, subjetivo y/o en construcción y definición en nuestro ordenamiento, merece ser cabal y perfectamente entendida tanto en su concepción, implicancia, alcance y componentes, a fin de llegar a determinar su real aplicación, al caso concreto.

El tema de la reparación integral, es un concepto que deviene directamente del sistema universal de Derechos Humanos y ha sido acuñado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en donde tal reparación integral deviene, primordialmente, como medida de saneamiento a la responsabilidad estatal por violaciones a derechos humanos, y se puede cumplir a cabalidad, con la utilización de todo el andamiaje estatal y no solo con los órganos de administración de justicia.

La reparación integral *“... supone determinar cómo se puede restituir a la persona afectada en su derechos fundamentales, cómo puede el derecho reestablecer la situación, no sólo patrimonialmente, sino que integralmente, mirando a la persona como un todo (...) teniendo presente su realización como ser humano y la restauración de su dignidad.”* (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Voto Conjunto de los jueces A. Cancado Trindade y A. Abreu B. Caso Loayza Tamayo – reparaciones. Párr. 17).

En nuestro país, con la adopción del Estado constitucional de derechos y justicia, a partir de la Constitución del 2008, se recoge a la reparación integral, dentro del Título II Derechos, Capítulo VIII Derechos de Protección, art. 78, que señala:

“Art. 78.- Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.” (énfasis en negrilla fuera del texto).

Es en esta norma constitucional, misma que debe ser analizada para una cabal comprensión en el marco de los Derechos Humanos y del Derecho Penal, en la cual encontramos, haciendo una ligera disección de la misma, que la reparación integral, a más de ser un derecho, dentro de los derechos de protección que tienen las víctimas de infracciones, ha sido establecida como un mandato por el cual se señala que se adoptarán mecanismos para tal reparación integral, que de manera explícita se

señala que incluirá dos componentes generales, a saber: i) el conocimiento de la verdad de los hechos; y, ii) la restitución, dentro de la cual a su vez está, la indemnización, la rehabilitación, la garantía de la no repetición y la satisfacción del derecho violado.

En la sentencia No. 004-13-SAN-CC expedida dentro del caso No. 0015-10-AN, la Corte Constitucional del Ecuador, ha entregado algunos criterios sobre la reparación económica como parte de la reparación integral; y, ha señalado:

“...la reparación integral en el ordenamiento ecuatoriano constituye un verdadero derecho constitucional, cuyo titular es toda persona que se considere afectada por la vulneración de sus derechos reconocidos en la Constitución. Adicionalmente, es un principio orientador que complementa y perfecciona la garantía de derechos; así, esta institución jurídica se halla inmersa en todo el ordenamiento constitucional ecuatoriano, siendo transversal al ejercicio de los derechos, así por ejemplo, la obligatoriedad de la reparación para las víctimas de delitos penales (artículo 78);...” (Ver sentencia No. 004-13-SAN-CC, Caso No. 0015-10-AN, acción por incumplimiento planteada por Claudio Masabanda Espín vs Ministerio de Relaciones Exteriores, de 13 de junio de 2013, publicada en el R. O. No. 003 de 21 de junio de 2013, p. 21).

De lo analizado no cabe duda que dentro del nuevo modelo de Estado constitucional de derechos y justicia, las víctimas de infracciones tienen derecho a la reparación integral, desde las diferentes dimensiones como: conocer la verdad, la restitución, la compensación económica, la rehabilitación, las medidas de satisfacción y la garantías de no repetición.

5.1.1. De la víctima.- Ahora bien, cabe la pregunta nos ¿Quién es la víctima?, dentro de nuestro sistema penal no existe un concepto de lo que debemos entender por víctima, solo se hace un catálogo de quienes deben ser consideradas como tales, como consta en el artículo 441 del COIP.

El concepto de víctima es uno de los más antiguos de la humanidad. Etimológicamente el término *víctima* (del Latín *víctima*) se utilizó, en sus orígenes, para aludir a la persona que era sacrificada en rituales. A partir del siglo XVII, el

vocablo se refería a aquella persona que era lesionada, torturada o asesinada por otra. En el siglo XVIII, el término se empleó en relación a la persona que era lesionada u oprimida por otra, o por alguno poder o situación²¹.

Ensayando una definición podemos decir que la víctima es el sujeto pasivo del hecho punible que se investiga, portador del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, quien sufre directa o indirectamente el menoscabo a sus intereses protegidos por la norma.

A su respecto las Naciones Unidas da un concepto amplio de la víctima: “1. Se entenderá por ‘víctimas’ las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, **pérdida financiera** o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

2. Podrá considerarse ‘víctima’ a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión ‘víctima’ se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización”.

3. Las disposiciones de la presente Declaración serán aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica,

²¹ Conf. Voto Razonado del juez A.A. Cançado Trindade en “Caso de La Cantuta Vs. Perú”, Sentencia de la Corte I.D.H. de 30 de Noviembre de 2007 (Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas). El magistrado entiende por víctima a “la persona humana victimada en los derechos que le son inherentes *qua* persona”

*nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico*²². (Lo resaltado fuera de texto).

De lo transcrito, según el instrumento internacional, para identificar a las víctimas de un delito o del abuso de poder, es necesario tomar en cuenta el daño sufrido como efecto de la acción u omisión tipificada como delito; independientemente si se auto identifica o no como tal, o si interpone acciones en contra del infractor; por lo tanto, son víctimas de un delito no solo quienes presenten acusación particular, sino todas las personas que sufrieron un efecto dañoso físico, psicológico o moral, como consecuencia de la infracción.

5.2. En la especie, solicita reparación integral considerándose “víctima” del delito de contrabando la SENA-Loja, al respecto debemos analizar lo siguiente:

- i. De acuerdo a la normativa internacional y la CIDH, son “víctimas” solo las personas naturales, como consecuencia de violaciones de los derechos humanos; sin embargo, dentro de nuestra normativa penal, también se consideran víctimas *“El Estado y las personas jurídicas del sector público y privado que resulten afectadas por la infracción”*²³.
- ii. Como ya se anotó dentro de las dimensiones o ingredientes que configuran la reparación integral, está *“el resarcimiento”*, que comprende: *“...la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdida sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos (...)*²⁴.
- iii. En el caso *subjudice*, la SENA-Loja, solicita la reparación integral, que en si se concreta al pago económico, que de acuerdo a la Resolución N°

²² Conf. el Anexo de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

²³ Art. 441.6 COIP.

²⁴ Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder. ONU. Resolución N° 40/37 de 29 de noviembre de 1985.

60/147, de la ONU, aprobada el 16 de diciembre de 2005, donde constan los principios y directrices básicas sobre el derecho de las víctimas de violaciones de los derechos humanos, cuando se refiere a la reparación de los daños sufridos, se dice: “... **La indemnización ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables...**”. En tanto que, la CIDH, en el caso González y Otras (campo algodnero) vs México, sentencia de 16 de noviembre de 2009, (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Párr. 450, ha señalado: “**La Corte recuerda que el concepto de “reparación integral” (restitutio in integrum) implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados....Del mismo modo, la Corte recuerda que la naturaleza y monto de la reparación ordenada dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus familiares, y debe guardar relación directa con las violaciones declaradas. Una o más medidas pueden reparar un daño específico sin que éstas se consideren una doble reparación**”.

De la decisión del tribunal *ad-quem*, no aparece que la SENAE-Loja, haya sufrido daño o menoscabo material, a lo mejor se dirá que ha dejado de percibir los impuestos, que según la propia autoridad aduanera alcanzan la cantidad de 4.659,39 dólares americanos, ya que el valor de la mercancía es de 10.928,51 dólares; sin embargo, al procesado se le condena a parte de la pena privativa de libertad, el decomiso de las mercaderías aprehendidas (10.928,51 USD), multa por el valor de 15.587,90 dólares, bienes materiales aprehendidos y multa que pasarán a la SENAE-Loja, lo que de ninguna manera demuestra que se haya causado daño o perjuicio, aclarando obviamente que, el comiso y la multa no constituyen parte

de la reparación integral, sino que son parte de la pena de la infracción. Lo que si se evidencia en este caso en particular, es que no procede el pago de la reparación integral, en los términos señalados por el sistema interamericano de derechos humanos.

5.3. Respecto a la contravención expresa del artículo 70.7 del Código Orgánico Integral Penal, que dispone: **“Artículo 70.- Aplicación de multas.- En las infracciones previstas en este Código se aplicará además la pena de multa conforme con las siguientes disposiciones: 7. En las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad de tres a cinco años se aplicará la multa de diez a doce salarios básicos unificados del trabajador en general”.** (negrilla fuera de texto).

El error de derecho de la contravención expresa de ley, se presenta cuando existiendo una norma jurídica válida no ha sido aplicada por el juzgador en la resolución del caso concreto. En la especie, el procesado Héctor Rafael Pacheco Calle, habiéndose acogido al procedimiento abreviado y aceptado los hechos a él imputados en cumplimiento del artículo 635 del COIP, ha sido declarado culpable por ser autor y responsable del delito previsto en el artículo 301.2 ibídem, tipo penal que es sancionado “...con una pena privativa de libertad de tres a cinco años, multa de hasta tres veces el valor en aduana de la mercadería objeto del delito...”, por lo que, debe imponerse además la multa del artículo 70.7 del cuerpo legal invocado, sin que esto signifique doble juzgamiento, ni que se vulnere el principio de non bis in ídem, reconocido por el artículo 76.7.i) de la Constitución de la República del Ecuador, derecho constitucional que se presenta bajo dos supuestos: a. Identidad sustantiva o material, es decir cuando se castiga a una persona dos veces por el mismo hecho; y, b) Identidad adjetiva, que se refiere a la prohibición de múltiple persecución penal, sucesiva o simultánea, por el mismo hecho. En otras palabras, se viola el principio de non bis in ídem, cuando se presentan tres requisitos: identidad de persona, identidad de hecho e identidad de causa o fundamento, que de ocurrir aquello impide que el juzgador fraccione el hecho para convertirlo en varios delitos o traducirlo en varias

penas; en definitiva, que se trate de dos procesos de naturaleza sancionadora con las identidades señaladas.

Por lo expuesto, es evidente el error de derecho del juzgador de instancia, al sostener que: *“...En el presente caso, la ley sustantiva penal de manera general no posibilita imponer dos penas similares por el mismo delito, el único caso en el que se prevé la posibilidad de aplicar una doble multa a más de la prevista en el tipo penal es cuando no es posible ordenar el comiso de un bien (véase Arts. 69, numeral 2, incisos 3ro y 4to del COIP). Por tanto, el juzgador a quo no tiene base legal para imponer una doble pena de similar naturaleza por un mismo delito, salvo la excepción señalada que no es en el presente caso, puesto que el Juez sí dictó comiso...”*; en el presente caso, se trata de un solo proceso con concurso de penas –multas- que están expresamente señaladas en la norma penal, en función del principio de legalidad.

SÉPTIMO: RESOLUCIÓN.-

Por las consideraciones que anteceden, **SALVO MI VOTO Y APARTÁNDOME DEL CRITERIO MAYORITARIO, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, de conformidad con lo que dispone el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, se declara improcedente el recurso de casación planteado por la acusadora particular SENAE-Loja, respecto al pedido de la reparación integral; y, en cuanto, a la contravención expresa del artículo 70.7 del Código Orgánico Integral Penal; enmendando dicho error de derecho, se condena además, al procesado señor Héctor Rafael Pacheco Calle, al pago de la multa contenida en el artículo 70.7 ibídem, esto es, diez salarios básicos unificados de trabajador en general. La multa deberá ser cancelada en el mismo plazo establecido para la suspensión condicional de la pena, esto es, doce meses. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-f).- Dr. Jorge M. Blum Carcelén.- JUEZ NACIONAL.- f) Dr. Edgar Flores Mier.- CONJUEZ NACIONAL.- VOTO SALVADO.- f).- Dra. Sylvia Sánchez Insuasti.- JUEZA**

NACIONAL PONENTE.- Certifico.-f).- Dr. Carlos Rodríguez García.- SECRETARIO RELATOR.-

CERTIFICO.- Las catorce (14) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito 25 de abril de 2017


Dr. Carlos Rodríguez García
SECRETARIO RELATOR



**CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR**

JUICIO No. 775-2016
RESOLUCION No. 2098-2016
RECURSO: CASACION
PROCESADO: Héctor Livingsthonc Calderón Torres
DELITO: ESTAFA

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL
Y TRÁNSITO
CAUSA No. 0775-2016-JCC

JUEZ PONENTE: Dr. Miguel Jurado Fabara

Quito, martes 8 de noviembre del 2016, las 10h36

VISTOS:

1.- ANTECEDENTES

- 1.1. Mediante sentencia de 15 de junio de 2015, las 08h00, el Noveno Tribunal de Garantías Penales del Guayas, declara la culpabilidad del procesado Héctor Livingsthonc Calderón Torres, por haber adecuado su conducta al delito tipificado y sancionado en el art. 563 del Código Penal, vigente al cometimiento de la infracción, imponiéndole una pena modificada de tres años de prisión correccional y el pago de \$25.000.00 dólares americanos por concepto de daños y perjuicios.
- 1.2. El acusado interpone recursos de nulidad y apelación de la sentencia del *a-quo*, ante la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, que el 14 de marzo de 2016, las 17h39, acepta parcialmente el recurso interpuesto confirmando la responsabilidad del acusado en el grado de autor del delito tipificado y sancionado en el art. 563 del Código Penal, imponiéndole una pena modificada de dos años de prisión correccional y el pago de \$25.000.00 dólares americanos por concepto de daños y perjuicios.
- 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 13 de mayo del 2011 aproximadamente a las 17h00, el señor Gerbi Pascual Montoya Murillo, después de haber mantenido varias conversaciones con el acusado **HECTOR LIVINGSTHONC CALDERÓN TORRES**, lo cita en la casa de su señora madre ubicada en la ciudadela Samanes de esta ciudad de Guayaquil para mostrarles un vehículo que había sido puesto en venta, gustándoles el referido carro para lo cual negociaron un vehículo marca KIA SPORTAGE, de placas GRC-884. En ese momento el señor **HECTOR***

LIVINGSTHONC CALDERÓN TORRES, le entrega el vehículo a cambio de lo cual el señor Gerbi Pascual Montoya Murillo, le hace entrega de un cheque por la suma de \$16.000 dólares a cambio de lo cual el señor **HECTOR LIVINGSTHONC CALDERÓN TORRES**, le entrega a su vez los documentos relacionados con la venta del referido vehículo, donde estaba una carta de venta de la anterior propietaria, ya que como era un carro que lo había comprado a través de intermediario le habían dado el documento en blanco, por cuanto no había hecho cambio de propietario. El señor **HECTOR LIVINGSTHONC CALDERÓN TORRES**, cobra el cheque en tanto, que a los tres o cuatro meses el señor Gerbi Pascual Montoya Murillo, fue detenido por elementos de la Comisión de Tránsito manejando el vehículo por cuanto el carro meses antes había sido robado a su anterior propietario. El señor Gerbi Pascual Montoya Murillo, fue detenido por elementos de la Comisión de Tránsito manejando el vehículo por cuanto el carro meses antes había sido robado a su anterior propietario. El señor Gerbi Pascual Montoya Murillo, dando su justificación de comprador de buena fe, fue puesto en libertad y el vehículo fue entregado a su legítima propietaria por el fiscal que tenía la investigación por el robo del mismo. Los señores Gerbi Pascual Montoya y Norma Estela Llamuca Quinatoa, hablaron con el señor **HECTOR LIVINGSTHONC CALDERÓN TORRES**, a efectos que dé una explicación de lo sucedido y devuelva el dinero, pero hasta ahora se rehúsa a devolverlo...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 y señoras doctoras Sylvia Sánchez Insuasti y Gladys Terán Sierra, Juezas Nacionales.

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 el Código Penal así como el Código de Procedimiento Penal.

¹ Cfr. Cuaderno del Tribunal Noveno de Garantías Penales del Guayas, fs. 287 vta. - 288.

5.- FUNDAMENTACIÓN Y CONTESTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

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

5.1 Síntesis de la fundamentación del recurrente Héctor Livingsthon Calderón Torres, por parte de su abogado defensor Aníbal Quinde Mendoza

- a) Dice que, como antecedente del caso existe un vehículo en el cual la propietaria Maritza Gutiérrez pone a consideración de un patio de vehículos que se llama American Deller de propiedad del señor Orellana Naveda, siendo entregado los documentos y matrícula del automotor para que dicho patio de vehículos se encargue de la venta.
- b) Señala que, bajo estas circunstancias el señor Jorge Naveda le vende dicho automotor al señor Gregorio Basile, mismo que por razones económicas pone a la venta el vehículo entrando en negociaciones con su defendido, a quien le entregaron los documentos que tenía el señor Jorge Naveda.
- c) Sostiene que, para cada una de los compradores hicieron la verificación mecánica y concurren a la Comisión de Tránsito para constatar que el automotor no tenía ningún desperfecto ni gravamen alguno, posteriormente luego de haber transcurrido cuatro meses de que su defendido le vendió el vehículo al señor Gerbi Montoya aparece que en el año 2011 el automotor es reportado como robado.
- d) Precisa que, el casacionista cuando estuvo en poder del vehículo siempre circulaba en el y cuando lo llevó al patio de ventas se materializó la compra con el señor Gerbi Montoya quien entregó un cheque recibiendo por parte del acusado la carta de venta que contiene las firmas, misma que había sido cedida por Gregory Basile.
- e) Dice que, al momento de la audiencia de juicio se pidió la comparecencia de cuatro testigos siendo la propietaria del vehículo, su hija, el dueño del patio de automotores y el señor Gregory Basile, mismos que no fueron notificados por lo que no concurren.
- f) Explica que, se contravino las disposiciones expresas relacionadas a la prueba, por cuanto se valoró un informe documentológico extraído y practicado en otra indagación, con el cual se fundamentó el acto fraudulento, siendo en la realidad que dicho informe dice que la firma no le corresponde a la señora Maritza sino a un señor Ignacio Vargas Morales que nada tiene que ver con el hecho [sic].
- g) Arguye que, existe una errónea interpretación de los art. 79, 80, 83, 84 y 85 del Código de Procedimiento Penal, puesto que la prueba actuada jamás pudo llevar a la certeza que determina el art. 252 ibídem.
- h) Manifiesta que, existe una errónea interpretación del art. 29 del Código Penal, puesto que, se encuentran probadas circunstancias atenuantes sin embargo, se le impone la pena de dos años cuando correspondía aplicar lo dispuesto en el art. 73 ibídem; es decir que, esta falsa

aplicación del art. 73 deviene en una errónea interpretación del art. 29 del estatuto penal.

Solicita que, se case la sentencia y se ratifique el estado de inocencia de su defendido.

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

- i. Existe una resolución emitida por la Corte Nacional de Justicia con respecto al juicio No. 435-2008, en donde al haber prueba que debió ser considerada en su momento y no se dispuso nada por parte de la Sala se considera que se violó la ley;
- ii. Sostiene que, se hizo una pésima valoración de lo que determina el art. 32 del Código Penal, toda vez que, su defendido no estaba consciente de que hubo algún problema anterior en la venta del vehículo, por lo que insiste en que se case la sentencia por existir atenuantes que no se consideró por el *ad-quem*.

5.2 Contestación por parte del representante de Fiscalía General del Estado doctor Marco Navas, a la fundamentación propuesta por el recurrente

- a) Expresa que, lo expuesto por la defensa del recurrente no obedece a la verdad de los hechos, toda vez que, el contrato de compraventa fue suscrito entre Héctor Calderón Torres y Gerbi Montoya, siendo el acusado el que entregó el contrato de compraventa, SOAT y copias de las cédulas dentro de las cuales estaba caducada la papeleta de votación, situación que le fue advertida al acusado quien manifestó que iba a entregar inmediatamente dicho documento, puesto que, era amigo de la señora Maritza vendedora del automotor, es decir, no hubo engaño.
- b) Relata que, fue el acusado el que vendió el carro y recibió el cheque de \$16.000.00 dólares debidamente certificado por el Banco Rumiñahui, es decir que, en forma dolosa ha trasferido el automotor y a los cuatro meses que la víctima quiso legalizar se descubre que se encuentra reportado como robado.
- c) Menciona que, el casacionista adujo que existe una contravención expresa pero no explico por qué ni subsumió en alguna de las causales previstas en el art. 349 del Código Adjetivo Penal y más bien lo que se ha pretendido es que se valore la prueba al citar los artículos 79, 80, 83, 84 y 85 ibídem.
- d) Señala que, el recurrente no ha indicado en qué medida ha incidido el yerro intelectual en la sentencia e incluso con respecto a las atenuantes fueron consideradas por el *ad-quem* al dictar sentencia por lo que se le bajo la pena a dos años de prisión correccional
- e) Precisa que, al haberse comprobado la materialidad de la infracción y la responsabilidad del acusado conforme lo determina el artículo 252 del Código Adjetivo Penal, se rechaza el recurso propuesto.

Finalmente insta a este Tribunal Pluripersonal a que ratifique la sentencia venida en grado y se proceda a la reparación integral de conformidad al artículo 78 de la Constitución de la República.

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, en base 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) Indevida 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*

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

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

De conformidad a lo dispuesto en el art. 349 del Código Adjetivo Penal, el análisis del caso se centrará a la materia objeto de impugnación del recurrente, por lo que la Corte de Casación una vez delimitado los cargos, entrará a resolver el fondo de los problemas bosquejados en la fundamentación del recurso compaginado con los fines que persigue la casación.

En esta medida, la Corte advierte que los ataques formulados por parte del recurrente contra la sentencia de segundo nivel, se centra a la errónea interpretación de los art. 79, 80, 83, 84, 85 y 252 del Código de Procedimiento Penal y 29 del Código Penal.

Por lo anterior, este Tribunal de Casación, como metodología para responder el reproche contenido en la pretensión expuesta, considera pertinente analizar en el orden inmediatamente anterior.

6.2.1 Sobre la errónea interpretación de los art. 79³, 80⁴, 83⁵, 84⁶, 85⁷ y 252⁸ del Código de Procedimiento Penal y 29 del Código Penal⁹.

³ Código de Procedimiento Penal, “art. 79.- Regla general.- Las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales de garantías penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes, que serán practicadas por los jueces de garantías penales.

Las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción Fiscal alcanzarán el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa del juicio”.

⁴ Código de Procedimiento Penal, “art. 80.- Ineficacia probatoria.- Toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías.

⁵ Código de Procedimiento Penal, “art. 83.- Legalidad de la prueba.- La prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este Código. No se puede utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad. Tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito”.

⁶ Código de Procedimiento Penal, “art. 84.- Objeto de la prueba.- Se pueden probar todos los hechos y circunstancias de interés para el caso. Las partes procesales tienen libertad para investigar y practicar pruebas siempre y cuando no contravengan la Ley y derechos de otras personas.”

⁷ Código de Procedimiento Penal, “art. 85.- Finalidad de la prueba.- La prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado”.

⁸ Código de Procedimiento Penal, “art. 282.- 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

Como lo tiene reseñado este órgano jurisdiccional al ser la casación un recurso extraordinario en donde rige el principio dispositivo, corresponde al impugnante identificar la sentencia recurrida, las normas de derecho infringidas, la modalidad de error *in iudicando* así como argumentar minuciosamente la existencia del yerro y su incidencia en la decisión de la causa, toda vez que, le está vedado a este cuerpo colegiado suplir la falta de argumentación al cargo propuesto.

En efecto llama la atención de este cuerpo colegiado que el impugnante en lugar de elaborar una proposición jurídica completa, comete una serie de defectos en su pretensión tales como: (i) la escasa claridad en el planteamiento de sus hipótesis; (ii) la mezcla indiscriminada de argumentos tendientes a valorar prueba y; (iii) el incumplimiento de los presupuestos técnicos ya establecidos por esta Corte de Casación al momento de postular una censura, puesto que, no identifica el fallo impugnado, menciona que existe una contravención expresa sin identificar la disposición legal infringida y al momento de enunciar el yerro intelectual-errónea interpretación- desatiende la carga argumentativa propia de la causal propuesta.

De este modo se verifica que, la pretensión expuesta se perfiló a manifestar que existe una errónea interpretación de varias normas contenidas en diferentes cuerpos legales, olvidando precisar que dicho error *in iudicando* exige aceptar que, el juez seleccionó adecuadamente la norma legal y la aplica al caso, pero al realizar el ejercicio hermenéutico le atribuye un sentido jurídico distinto o contrario al que le corresponde, lo cual en la especie no se observa y más bien las alegaciones realizadas son propias de un alegato de instancia que, explícitamente se perfila a solicitar una revisión probatoria generalizada, propia de etapas ya precluidas; por lo

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”.

9 Código Penal, 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:

- 1.- Preceder de parte del acometido provocaciones, amenazas o injurias, no siendo éstas de las calificadas como circunstancias de excusa;
- 2.- Ser el culpable mayor de sesenta años de edad;
- 3.- Haber el delincuente procurado reparar el mal que causó, o impedir las consecuencias perniciosas del acontecimiento, con espontaneidad y celo;
- 4.- Haber delinquido por temor o bajo violencia superables;
- 5.- Presentarse voluntariamente a la justicia, pudiendo haber eludido su acción con la fuga o el ocultamiento;
- 6.- Ejemplar conducta observada por el culpado con posterioridad a la infracción;
- 7.- Conducta anterior del delincuente que revele claramente no tratarse de un individuo peligroso;
- 8.- Rusticidad del delincuente, de tal naturaleza que revele claramente que cometió el acto punible por ignorancia;
- 9.- Obrar impulsado por motivos de particular valor moral o social;
- 10.- La confesión espontánea, cuando es verdadera;
- 11.- En los delitos contra la propiedad, cuando la indigencia, la numerosa familia, o la falta de trabajo han colocado al delincuente en una situación excepcional; o cuando una calamidad pública le hizo muy difícil conseguir honradamente los medios de subsistencia, en la época en que cometió la infracción; y,
- 12.- En los delitos contra la propiedad, el pequeño valor del daño causado, relativamente a las posibilidades del ofendido”.

tanto, aquel desatino no puede ser suplido por este juez plural ya que como se dijo *supra*, esa no es la labor del Tribunal de Casación.

Al respecto es de mencionar que “[...] 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, más no una instancia adicional en la cual se puedan analizar temas de legalidad que ya fueron resueltos por jueces inferiores”¹⁰.

Bajo esta premisa el cargo esgrimido hace patente una carencia de argumentación jurídica, toda vez que, el impugnante lleva la discusión a un plano eminentemente probatorio, lo cual se vislumbra de sus afirmaciones al indicar que “se contravino disposiciones expresas relacionadas a la prueba por cuanto valoran como acto fraudulento un informe documentológico”, hecho que va dirigido a presentar su apreciación personal de los medios de prueba bajo la esperanza de que sea acogido por este órgano jurisdiccional.

Aquel desliz denota únicamente la inconformidad del casacionista con la valoración probatoria efectuada por el *ad-quem*, lo cual genera que se abandone el rigor que demanda la sustentación de un recurso extraordinario yendo en contravía de los fines que persigue la casación.

Adicional a lo anterior se tiene que, el recurrente ha dicho escuetamente que, el *ad-quem* no consideró las circunstancias atenuantes previstas en el art. 29 del Código Penal al momento de dosificar el *quantum* punitivo.

Lo manifestado sin lugar a duda no obedece a la realidad procesal, puesto que, de la revisión del fallo impugnado en su parte resolutoria declara a “[...] Héctor Livingsthon Calderón Torres culpable en el grado de autor del delito tipificado y reprimido en el artículo 563 del Código Penal, vigente a la fecha en la que se cometió la infracción, al encontrarse comprobadas las atenuantes contempladas en los numerales 5 y 7 del artículo 29 del Código Penal, se le impone la pena modificada de DOS AÑOS DE PRISIÓN CORRECCIONAL”¹¹; es decir que, el Tribunal de Alzada reconoció la existencia de dichas atenuantes con lo cual modificó el *quantum* punitivo dentro de la movilidad que el tipo penal permite.

En mérito de 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 REPÚBLICA**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal:

RESUELVE

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 001-13-SEP-CC, caso No.1647-11-EP de 06 de febrero de 2013.

¹¹ Cfr. Cuaderno de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, fs. 59 vta.

- 1) **Declarar** improcedente el recurso de casación interpuesto por el recurrente sentenciado **Héctor Livingsthon Calderón Torres**, al no haberse demostrado 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. Sylvia Sánchez Insuasti, **JUEZA NACIONAL**; f) Dra. Gladys Terán Sierra, **JUEZA NACIONAL**.- Certifico: f) Dra. Ximena Quijano Salazar, Secretaria Relatora.

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

Quito, 02 de mayo de 2017


Dr. Carlos Rodríguez García
SECRETARIO RELATOR



**CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR**

JUICIO No. 883-2016
RESOLUCION No. 2117-2016
RECURSO: CASACION
PROCESADO: JOSE RAUL CHALUISA CANDELEJO
DELITO: LESIONES

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR

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

Conjuez Ponente: Dr. Himmler Roberto Guzmán Castañeda

Quito, martes 15 de noviembre del 2016, las 15h00

VISTOS:

1.- ANTECEDENTES: Agréguese al proceso el escrito presentado por JOSE RAUL CHALUISA CANDELEJO y GEOVANNY CHALUISA CANDELEJO. En lo principal: **I.** Téngase en cuenta la autorización conferida a su nuevo defensor, abogado Mauricio Collaguazo Pinango, así como la casilla judicial número 5371 del Palacion de Justicia de Quito, y el casillero electrónico m7collaguazo@hotmail.com para futuras notificaciones. **II.** Confiérase por Secretaría las copias de los Cds de audio solicitadas a costa de los requirentes, para lo cual, los mismos prestarán las facilidades necesarias al funcionario responsable del proceso, para que su pedido sea atendido.

El Primer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, el 5 de febrero del 2016, las 08h22, dictó sentencia y declaró la responsabilidad penal de José Raúl Chaluisa Candelejo y Geovanny Chaluisa Candelejo, por considerarlos autores del delito de lesiones tipificado y sancionado en el primer inciso del artículo 464 del Código Penal ultractivo, razón por la cual se les impuso la pena de un año de prisión correccional y la multa de treinta y un dólares de los Estados Unidos de América a cada uno, así mismo, se les condenó al pago de daños y perjuicios a favor de la víctima de la infracción, cuantificado en la suma de tres mil dólares de los Estados Unidos de América, a título de obligación solidaria. De esta resolución, los procesados interpusieron recurso de apelación.

La Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en sentencia de 2 de junio del 2016, las 12h39, rechazó los recursos de

apelación presentados por los procesados, y por consiguiente, confirmó en todas sus partes la sentencia del Tribunal *a quo*.

De la resolución adoptada por el Tribunal de apelación, los procesados interpusieron recurso de casación, mismo que por el sorteo de ley ha correspondido conocer al presente Tribunal de Casación.

Encontrándose el proceso en estado de fundamentar por escrito la resolución anunciada de manera oral en la audiencia que se celebró para el efecto, se hacen las siguientes consideraciones:

2.- COMPETENCIA DEL TRIBUNAL. Avocamos conocimiento de la causa conforme a las siguientes circunstancias:

2.1.- 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, del Pleno del Consejo de la Judicatura mediante la cual se renovó un tercio de las y los integrantes de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, designó y conformó a la misma.

2.2.- 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, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013.

2.3.- La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión en los procesos por acción penal pública y privada según los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, y 186 numeral 1 sustituido del Código Orgánico de la Función Judicial.

2.4.- La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, en cumplimiento a lo dispuesto por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en la Resolución 02-2015, el presente Tribunal queda integrado por los señores: doctor Roberto Guzmán Castañeda, Conjuez Nacional ponente, por licencia concedida al doctor Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional; doctor Alejandro Arteaga García, Conjuez Nacional, por licencia concedida al doctor

Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional; y, doctor Iván Saquicela Rodas, Conjuez Nacional, por licencia concedida a la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional, de conformidad con los artículos 141 y 174 del Código Orgánico de la Función Judicial y con los oficios números 1417- SG-CNJ-MBZ de 5 de octubre del 2016, 1418-SG-CNJ-MBZ, de 6 de octubre del 2016 y 1415- SG-CNJ-MBZ de 4 de octubre del 2016, firmados por el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

2.5.- No se ha impugnado la competencia del Tribunal ni la de los Jueces que lo conformamos y al no haberse advertido causal que pueda anular o afectar al mismo, se declara su validez.

3.- DEL TRÁMITE. Por la fecha en la que se ha presentado el recurso corresponde aplicar la Ley Reformatoria 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 dicho recurso se ha fundamentado en audiencia oral, pública y de contradictorio, sin embargo de lo cual, en lo que fuere más favorable al procesado y procedente se aplicará el Código Orgánico Integral Penal.

4.- PLANTEAMIENTOS DE LAS PARTES.

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

4.1.- Solicitudes planteadas por la doctora Marcela Tito, en representación de los procesados y recurrentes, José Raúl Chaluisa Candelejo y Geovanny Chaluisa Candelejo.

*“(...) Esta defensa ha presentado de conformidad con el artículo 358 este recurso dentro del término señalado, pues acogiéndose a la defensa técnica, como ha señalado correctamente usted, el artículo 349 señala que procederá si la sentencia hubiere violado la ley. En este sentido, si existiere contravención expresa, indebida aplicación o errónea interpretación. En tal sentido, esta defensa va a pasar a sustentar el recurso de casación que ha presentado en razón de la **errónea interpretación que ha existido en la sentencia** dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia, con fecha jueves 2 de junio de 2016, a las 12h39, acogiendo en forma expresa la sentencia dictada por el Tribunal Primero de Garantías Penales, el 05 de febrero de 2016, esto es en razón de que se trató de un delito de lesiones, del cual el artículo 364 del Código Penal, tiene una pena de 2 meses a un año, y en este caso, la Sala Penal de la Corte Provincial, ratificó la sentencia del Tribunal*

Primero, es decir, les fijó una pena de 1 año a mis defendidos, siendo que en este delito, la pena es de 2 meses a un año, en este sentido, se provocó en razón de la incapacidad para el trabajo de 30 días, pues existiendo para esta defensa, **errónea interpretación, en razón de lo preceptuado en el artículo 76.5, el sentido de que señala que en caso de conflicto de dos leyes de una misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando la promulgación sea posterior a la infracción, en concordancia con el artículo 4.2 que habla sobre la favorabilidad en el COIP.** El COIP al ser una norma que ingresó en forma posterior, ya no establecía las circunstancias modificatorias de la infracción, que agravaba la pena para el delito de lesiones, señaladas en el artículo 450. En tal sentido, con la favorabilidad señalada en el artículo 4.2 y en la Constitución en el numeral 76.5, provocaba que se ponga una pena inferior a mi defendido, no de un año, sino de la mínima que es de dos meses, pero el Tribunal Primero, acogiéndose tanto más que la sentencia también de segunda instancia en mi apelación, volvió a ratificar, se les impuso la máxima que fue de un año, por lo que **existe errónea interpretación en los preceptos jurídicos señalados.** El pedido de este recurso de casación va establecido a fin de que se modifique la pena en disminución, puesto que se ha aplicado un año, siendo la máxima, y en este delito de lesiones señalado en el 464, las lesiones son de dos meses a un año. Esta es mi fundamentación en cuanto a mi recurso de casación. (...). (Sic) (Lo resaltado en negrillas no es del texto).

Las alegaciones de los recurrentes, se las puede resumir en:

- i) Errónea interpretación de preceptos jurídicos.

4.2.- Intervención de la doctora Paulina Garcés Cevallos, delegada del señor Fiscal General del Estado:

“(...) Han habido algunos errores sobre la fundamentación del recurso casacional. El artículo 349 del Código Procesal Penal, determina que debe señalarse el error de derecho que se comete, siendo el error de derecho una falla que comete el juzgador en su trabajo intelectual al momento de seleccionar una norma o de aplicarla. **Se ha dicho que ha habido una errónea interpretación, no se dijo de qué norma, no se dijo cuál es la interpretación real de esa norma, tampoco se han cumplido los parámetros que debe tener un recurso, que es establecer la sentencia, esta si se ha definido que es la sentencia de Corte Provincial, nunca pudo señalar, es de Pichincha la sentencia, es de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, luego señalar la causal por la que se está sustentando el recurso, pero explicarlo y determinar cuál es el yerro del juzgador. No existe un yerro, porque lo que ha hecho la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, es ratificar en doble conforme de condena, un delito de lesiones, que está debidamente probado en cuanto a la materialidad y en cuanto a la responsabilidad de sus partícipes, tanto es así, que no existe objeción sobre ello, lo que existe es una inconformidad por el quantum de la**

pena, pero el quantum de la pena, por sí solo, es decir, por inconformidad nada más, no constituye error de derecho, constituiría error de derecho cuando se aceptan agravantes o atenuantes sin que éstas existan; pero cuando se aplica la norma, no existe esa particularidad. Hay que señalar que el artículo 464 del Código Penal aplicable a esta causa, determina que cuando los golpes y heridas causen enfermedades e incapacidad para el trabajo personal, que pase de 8 días y no exceda de 1 mes, las penas serán de prisión de 2 meses a 1 año, y si concurre una de las circunstancias del artículo 450, la prisión va de 6 meses a 2 años, incrementando también la multa. Existe un informe médico legal que establece que hay incapacidad de 9 a 30 días, por lo tanto la norma escogida para aplicarla, es la correcta, la del 464. Lo que no se les dice a ustedes es que la Corte determinó, que **existe circunstancia agravante genérica, contenida en el artículo 30.4 del Código Penal, y existiendo una circunstancia de agravación, no es posible para el juzgador modificar la pena.** El artículo 30.4, establece que: "...ejecutar el hecho punible, buscando a propósito el despoblado, la noche o en pandilla...", en este caso, se cometió el hecho delictivo en pandilla, porque además de estas personas hubieron otras que intervinieron que no pudieron ser identificados por el Fiscal, y por esa razón es que no están en el proceso, pero todos los testigos dan cuenta, que fueron atacados, por lo tanto no existe esa posibilidad ni esa violación a la regla del artículo 72.5, que señala la señorita abogada. Hay que indicar que el artículo al que está haciéndose referencia, es decir el artículo 72.5, habla de la reclusión menor ordinaria, que se sustituye con reclusión menor ordinaria, lo cual no es una norma siquiera que se relacione o esté acorde con lo que ella ha explicado en este día. Es una norma que no se adecúa al recurso casacional. Señala también el artículo 4.2 del COIP. El artículo 4 del COIP, no tiene sino 2 párrafos. Tampoco es una norma adecuada la que ella dijo. El artículo 4 del COIP habla sobre la dignidad humana y la titularidad de derechos, tiene dos párrafos, no tiene el punto dos. **Tal vez está confundida con el artículo 5.2 el COIP, en donde sí se habla de la favorabilidad; pero la favorabilidad viene a constituir el conflicto entre dos normas de la misma materia, que contempla sanciones diferentes para un mismo hecho, no es el máximo y el mínimo de la pena que señala el legislador para sancionar una conducta.** Esa no constituye conflicto entre dos normas. Sería una locura si pensáramos que el conflicto se da en el artículo 464 que dice que la pena será de dos meses y un año, y que el conflicto es en eso, entre dos meses y un año. Esa es la explicación que ha dado y eso no es aplicable. En este caso se le ha impuesto la pena de un año, en virtud de las circunstancias agravantes que existían, y además las circunstancias en la que se desarrolló el hecho delictivo, la forma en la que fue desarrollado, hubo premeditación porque lo esperaban, a esta persona que fue atacada. Por lo tanto, eso genera las agravaciones genéricas contenidas en el artículo 30.4 del Código Penal. En lo demás, lo que se ha hecho es una petición de que se le imponga una pena mínima, pero esa modificación a la pena ustedes no pueden hacerlo cuando existan agravantes que impidan esa modificación. Por lo expuesto considero que no existe una fundamentación adecuada del recurso de casación interpuesto por los señores Chaluiza Candelejo, y debería ratificarse la sentencia emitida por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia

de Pichincha, pues no existe en ella errores de derecho que pueda o deba ser subsanados por este Tribunal. (...)”. (Sic) (El remarcado no es del texto).

4.3.- Intervención del doctor Edwin Campaña Molina, abogado del acusador particular, señor Olmedo Gualotuña Chaluisa.

“(…) He de convenir con lo que dijo Fiscalía, y he de participar respecto de la primera indicación que usted como Juez ponente hizo alusión. El recurso de casación no es sino un recurso eminentemente técnico, que lo que pretende es corregir los errores que se visualicen en la sentencia a la cual se impugna. He de convenir también que los recurrentes no han podido identificar incluso la sentencia, pero hemos de convenir que la que se reprocha es la dictada por la Sala que ya lo mentó la señorita Fiscal, detallando cuál era la Sala y los Jueces que dictaron la misma. Los recurrentes no han podido establecer cuáles fueron los errores de derecho. Nos han citado algunos artículos que tienen algún tipo de equivocación incluso, pero hemos de partir en que el delito por el cual se acusó y sentenció a estas personas, fue el establecido en el 464 del Código Penal, porque obviamente es un tema que se lo viene manejando con la ley adjetiva y sustantiva penal antes de la vigencia del COIP. Cuando se dicta sentencia, el Tribunal ya toma en consideración, hace una mención que había agravantes en este proceso, sin embargo, toma en consideración precisamente por el tema de favorabilidad, señalado en el artículo 5.2 del COIP, del porqué finalmente se llega a establecer un año de pena. Se hace mención que dejando en claro las agravantes que había, pero una vez que entre en vigencia el COIP, no contempla estas agravantes en este nuevo tipo penal señalado en el COIP, sin embargo hace referencia a una agravante genérica, como sostuvo Fiscalía. Esta agravante genérica es actuar en pandilla, y esto está probado dentro del proceso, por lo tanto, un poco para ir a la pretensión del recurrente, no cabe modificar la pena en razón de que hay una agravante. En esas consideraciones, el recurso como tal, tiene que ser rechazado. Amén de ello, dentro de este proceso, el recurrente hace mención al quantum de la pena, tema que también significó un recurso de apelación, y en el recurso de apelación ya se hizo mención a esta particularidad, es más, se volvió a citar de manera clara, de por qué no era posible atenuar. La Sala hace una determinación respecto del quantum de la pena, y toma citas doctrinarias respecto de lo que es la docimetría (sic) penal, y explica con total claridad dentro de la misma, el por qué no puede atenuar la pena en función de esa agravante. Circunstancias suficientes para que su primer momento, al no ser fundamentado el recurso, al no haberse identificado cuál es la pertinencia, cuál era la causal de casación, y luego particularmente, queda en claro de que esa posibilidad no la hay en este recurso, en razón de que hay la agravante a la que hemos hecho referencia. Para no ahondar más aun, se debe ratificar la sentencia dictada por la Sala, y rechazar el recurso de casación, por no ser pertinente, por no haberlo fundamentado, por no corresponder a la realidad procesal. Lo que le va a conllevar es a que por un tema de seguridad jurídica, porque el recurso de casación, lo que

pretende es armonizar la seguridad jurídica, deben ratificar esta sentencia, ratificando el recurso de casación. (...) (sic).

4.4.- Réplica de la doctora Marcela Tito, en representación de los procesados y recurrentes, José Raúl Chaluisa Candelejo y Geovanny Chaluisa Candelejo.

“(...) Esta defensa no ha señalado el artículo 72, he señalado el artículo 76.5, y Fiscalía tiene la razón al haber señalado el artículo 4, que era el artículo 5.2, pero en razón del artículo 168.6 de la Constitución, señalo que el artículo era el 5. La fundamentación del recurso se señaló expresamente en que existe errónea interpretación, y ésta va vinculada en lo que señala el artículo 76.5 de la Constitución en cuanto a la aplicación de la pena, y si bien es cierto se ha señalado en este recurso que con el COIP, prácticamente las circunstancias modificatorias de la infracción que se señalan en el artículo 450 del Código de Procedimiento Penal, el COIP, ya no agrava por estas circunstancias modificatorias, por esa razón existe errónea interpretación de este precepto jurídico. Ante tal sentido, por ser un recurso técnico, esta defensa solo tiene opción para señalar tales circunstancias que se dan en este caso, como es la errónea interpretación y no como ha señalado fiscalía, error de derecho, que es totalmente diferente, ha habido una errónea interpretación con respecto a ese precepto jurídico. (...) (sic).

5.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL. Sobre la naturaleza del recurso de casación:

5.1.- La Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 1, 11, 66, 75, 76, 77, 81, 82, 167, columna vertebral en materia penal, estructura y desarrolla un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, cuyo máximo deber es respetar y hacer respetar los derechos humanos, garantiza los derechos a la vida, la igualdad formal y material, la integridad, la tutela efectiva, imparcial y expedita, la propiedad, al debido proceso, la motivación de las resoluciones en donde se discutan derechos, a ser juzgado por un juez competente e imparcial, a impugnar las decisiones judiciales, a la seguridad jurídica de la que una de sus expresiones es la legalidad, que la potestad de administrar justicia emana del pueblo soberano y se la ejerce a través de los órganos de la Función Judicial y otras autoridades legítimamente designadas, 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 que las resoluciones de toda autoridad deben ser motivadas.

5.2.- Dentro de los derechos de libertad, la Constitución de la República garantiza en el artículo 66 numeral 3, el derecho a la integridad personal que incluye: “(...) *b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad (...)*” (sic).

5.3.- Un Estado Constitucional de derechos y justicia es aquel en que “(...) *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 (...)*” (sic), Sentencia de la ex - Corte Constitucional para el período de transición número 007-09-SEP-CC, caso 0050-08-EP, publicada en el Registro Oficial Suplemento 602 de 01 de junio de 2009.

5.4.- Acerca de lo que constituye el debido proceso penal, la Corte Constitucional para el período de transición ha expuesto, en el caso 002-08-CN, cuya sentencia está publicada en el Registro Oficial suplemento 602 de 1 de junio de 2009, que: “(...) *En sentido material, el debido proceso es el adelantamiento de las etapas de proceso (sic) 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 los mismos hechos etc. (...)*” (sic).

5.5.- Sobre la motivación, la Corte Constitucional para el período de transición ha manifestado que: “(...) *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 (...)*” (sic), sentencia 0144-08-RA, caso 0144-08-RA publicada en el suplemento del Registro Oficial 615 de 18 de junio de 2009. Y, posteriormente ha sostenido que “(...) *La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen (sic) 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 (...)*” (sic) Sentencia 069-10-SEP-CC, caso 0005-10-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 372, 27 de enero de 2011.

5.6.- Por su parte Boris Barrios¹, al tratar sobre la teoría de la sana crítica, menciona una sentencia del Tribunal Constitucional español, que nos grafica de manera didáctica en qué consiste la motivación en una sentencia, así:

“(...) el ejercicio de la jurisdicción de amparo que corresponde ejercer al Tribunal Constitucional en esta materia no sólo deberá comprobar si existe motivación, sino también si la existente es o no suficiente para considerar satisfecho el derecho constitucional de las partes ...Por otro lado, es también oportuno considerar que la mayor efectividad que merecen los derechos fundamentales obliga a utilizar, en esa indagación de la suficiencia de la motivación, criterios materiales que impidan aceptar como válidas meras apariencias de motivación, que por su significado puramente formalista frustren la real efectividad del derecho a la motivación, para cuya satisfacción se requiere que la resolución recurrida, contemplada en el conjunto procesal del que forma parte, permita identificar cuáles son las normas que se aplican y cuál ha sido el juicio lógico que, fundado en criterios jurídicos razonables, ha presidido la articulación o subsunción del hecho concreto en el precepto normativo de que se trate, interpretando siempre en sentido más favorable a la especial fuerza vinculante que caracteriza a los derechos fundamentales, lo cual supone, de otro lado, que deba descartarse la validez de aquellas motivaciones en las que no se contenga el más mínimo razonamiento que ponga en relación el hecho concreto con la norma que el mismo se aplica, impidiendo toda posibilidad de conocer cuál ha sido el criterio que ha conducido al órgano judicial a adoptar la decisión en el sentido en que lo ha hecho, pues en tales supuestos no existirá garantía alguna de que la resolución judicial haya sido adoptada conforme a criterios objetivos o razonables fundados en derecho, tal y como requiere el derecho a la tutela judicial efectiva, que no consiente decisiones que merezcan la calificación de arbitrarias, por carecer de explicación alguna o venir fundadas en explicaciones irracionales (...)” (sic).

5.7.- En lo referente al recurso extraordinario de casación, las causales en virtud de las cuales se puede interponer el mismo, están determinadas en la ley y pueden resumirse en errores *in iure* que, al violar la ley transgreden derechos fundamentales de las partes (artículo 349 Código de Procedimiento Penal).

5.8.- Según el Código de Procedimiento Penal, la casación es un recurso extraordinario que busca dejar sin efecto una sentencia judicial en la que se hubiere violado la ley; ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella; ya en fin, por haberla interpretado erróneamente.

¹Teoría de la Sana Crítica.

http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Teoria_de_la_sana_critica_Boris_Barrios.pdf Págs. 27 y 28. Acceso a 4 de abril de 2016.

5.9.- Por su naturaleza jurídica es técnico, pues su función principal es lograr la certeza jurídica y la efectividad del derecho material, fijar la jurisprudencia y garantizar los derechos de protección; enmendando los agravios inferidos a las partes.

6.- SOBRE LA MATERIA DEL RECURSO:

6.1.- 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. 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.

6.2.- 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 (sic).

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

6.4.- 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

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

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 (...)” (sic); **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 realizada 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.

7.- ANÁLISIS DE LOS CARGOS FORMULADOS POR LOS RECURRENTES.-

7.1.- ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE PRECEPTOS JURÍDICOS.-

En primer lugar, es necesario puntualizar que la interposición del recurso de casación exige una técnica jurídica rigurosa, pues, en innumerables sentencias, esta Corte Nacional de Justicia ha sostenido que son tres los requisitos mínimos que debe observar el casacionista al momento de fundamentar el recurso interpuesto: 1) identificación de la sentencia que se impugna; 2) determinación de la causal por la que se recurre, es decir, si es por contravención expresa, indebida aplicación o errónea interpretación y la norma infringida; 3) la explicación jurídica en la que se evidencia el yerro intelectual del juzgador, misma que señale las partes de la sentencia en las que se encuentra el error *in iure* y cómo ésta violación ha influido en la decisión de la causa.

En el caso *sub judice*, la defensa de los recurrentes no identificó de manera clara las normas que han sido infringidas por una de las causales contenidas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, sino que únicamente ha sostenido que “(...) existe errónea

interpretación en los preceptos jurídicos señalados (...) ha habido una errónea interpretación con respecto a ese precepto jurídico (...)” (sic), razón por la cual, ha incumplido con un requisito necesario al momento de fundamentar oralmente el recurso presentado, pues, al ser el recurso de casación de conformidad con la ley, extraordinario, formal, literal y completo, de técnica jurídica rigurosa, en la que, quien recurre debe cumplir los requisitos establecidos en las normas que lo rigen, por lo que el Tribunal de Casación no puede actuar de oficio, teniendo en cuenta que se trata de un recurso sujeto al principio dispositivo, en el que estos juzgadores no pueden pretender inquirir qué es lo que reclaman los impugnantes a través de la fundamentación del mismo o suplir las deficiencias en las que han incurrido, so pena de violar el principio dispositivo que anima a este recurso; por lo que exige que la argumentación que se presenta para sustentarlo en la audiencia oral, se ciña estrictamente a los requisitos señalados por la ley y desarrollados por la jurisprudencia, pues es en donde se fijan los límites dentro de los cuales la Corte Nacional de Justicia debe discurrir su actividad, sin que el órgano jurisdiccional de casación pueda adentrarse en labores de interpretación, sea para llenar vacíos, para replantear cargos propuestos en forma deficiente o para vincular los argumentos con las causales y con las normas que correspondan cuando el recurrente no ha observado dicho requisito.

En segundo lugar, los recurrentes señalan como vicio la errónea interpretación, misma que ocurre cuando en *“(...) los procesos de selección y adecuación que el juzgador aplica al caso son correctos, pero al interpretar el precepto le atribuye un sentido que no tiene o le asigna efectos distintos o contrarios a su contenido (...)”*³ (sic), es decir, la norma aplicada va a ser siempre la que se compadece con la realidad procesal del caso concreto, errando el juzgador en la hermenéutica de la norma, lo que presupone que, los impugnantes al momento de fundamentar su recurso, deben obligatoriamente explicar cuál es el sentido y alcance equivocados que el juez de instancia le otorgó a la norma que acusan violada y, de manera adicional, cuál es la correcta interpretación que debió darse al texto de la norma, lo cual no ha sido desarrollado por la defensa de los recurrentes.

Por otro lado, de los argumentos presentados, se evidencia que el motivo por el que recurren los casacionistas es la inconformidad con la determinación de la pena privativa de la libertad que les ha sido impuesta. Sin embargo, este Tribunal considera que los jueces de apelación no han incurrido en error alguno al momento de cuantificar

³ Luis Moreno Rivera, La Casación Penal. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2013. Pág. 125

la pena, pues, el texto de la norma aplicable al caso⁴ le da la posibilidad al juzgador de modular el *quantum* de la pena entre dos meses a un año de privación de libertad de comprobarse la materialidad de la infracción y la responsabilidad penal de los imputados, lo cual no supone un ejercicio arbitrario de los juzgadores, sino uno lógico-jurídico-técnico que deben cumplir en la esfera de sus atribuciones, pues, para imponer una pena proporcionada debe considerarse si en el decurso del proceso se han probado circunstancias atenuantes o agravantes de la infracción cometida, lo cual ha ocurrido en el presente caso, ya que en el punto 6.6.- de la sentencia de apelación consta cómo el tribunal *ad quem* arribó a la conclusión que se probó con testimonios que la infracción fue cometida en pandilla⁵, esto es, por más de tres personas⁶, situación por la que no era procedente atenuar la pena, sino por el contrario, agravarla, y fue así como lo consideraron los jueces de segunda instancia.

A todo lo dicho, se abona que, en lo que concierne a la petición de la defensa de los procesados de aplicar el principio de favorabilidad y que se imponga la pena de dos meses, no es procedente tal solicitud; en primer lugar, porque conforme consta en el punto 6.5.- de la sentencia de apelación, el tribunal *ad quem* ya dio contestación a este punto controvertido, ya que también fue expuesto en la fundamentación del recurso de apelación; y en segundo lugar, porque el principio de favorabilidad debe aplicarse cuando existe un conflicto normativo sustantivo, es decir, existen dos normas, una anterior y una posterior, que tipifican la misma conducta pero que difieren en la pena, debiendo aplicarse la pena menor de entre las dos, lo cual no sucede en el presente caso, pues, tanto el artículo 464 del Código Penal ultractivo⁷ como el artículo 152 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal⁸, establecen la pena de dos meses a un año de privación de libertad en el caso que las lesiones proferidas a la víctima la incapaciten por un período de tiempo comprendido entre nueve a treinta días, por lo que

⁴ Art. 464.- Si los golpes o heridas han causado una enfermedad o una incapacidad para el trabajo personal, que pase de ocho días y no exceda de un mes, las penas serán de prisión de dos meses a un año y multa de doce a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América.

⁵ Art. 30.- Son circunstancias agravantes, cuando no son constitutivas o modificatorias de la infracción, todas las que aumentan la malicia del acto, o la alarma que la infracción produce en la sociedad, o establecen la peligrosidad de sus autores, como en los casos siguientes: (...) 4o.- Ejecutar el hecho punible buscando de propósito el despoblado, o la noche; o **en pandilla**; o abusando de la amistad o de la confianza que se dispense al autor; o con escalamiento o fractura; con ganzúas o llaves falsas y maestras; o con violencia (...)"

⁶ Art. 601.- Es pandilla la reunión de tres o más personas, con una misma intención delictuosa, para la comisión de un delito.

⁷ Art. 464.- Si los golpes o heridas han causado una enfermedad o una incapacidad para el trabajo personal, que pase de ocho días y no exceda de un mes, las penas serán de prisión de dos meses a un año y multa de doce a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América.

⁸ Art. 152.- Lesiones.- La persona que lesione a otra será sancionada de acuerdo con las siguientes reglas: (...) 2. Si produce a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de nueve a treinta días, será sancionada con pena privativa de libertad de dos meses a un año (...)"

se colige que no existe tal conflicto normativo y, al haberse impuesto a los procesados la pena agravada de un año, no hay razón para considerar que la cuantificación de la misma adolece de algún vicio *in iure*.

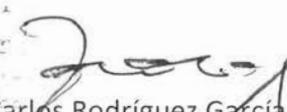
8.- CONTROL DE LEGALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO.-

8.1. En cumplimiento del mandato contenido en el artículo 358 de la norma adjetiva penal aplicable al caso, de controlar la legalidad y constitucionalidad de la sentencia, por las consecuencias que de su inobservancia se pudieren derivar, esto es, errores de legalidad o en el escenario menos favorable, nulidad constitucional por falta de motivación, debemos comenzar por analizar la sentencia, no solo en su estructura formal, sino también en el aspecto material, así; la sentencia recurrida, se contiene en siete considerandos de los cuales, el considerando **primero**, trata sobre la jurisdicción y competencia del tribunal para conocer los recursos de apelación; en el considerando **segundo**, consta la validez del proceso; el considerando **tercero**, consiste en un recuento de los antecedentes del caso; el considerando repetido **tercero**, se refiere a la fundamentación del recurso presentado por los procesados, en el que solicita se aplique la pena más benévola frente a la más rigurosa; por su parte la Fiscalía solicita se ratifique la sentencia de primer nivel ya que la sentencia cumple con todos los requisitos que manda la Constitución y la Ley; mientras que el acusador particular, sostuvo que no procede la aplicación del principio de favorabilidad invocado por la defensa de los procesados; en el considerando **cuarto**, constan las consideraciones normativas y doctrinarias aplicables al caso; en el considerando **quinto**, se enuncian las normas constitucionales y legales respecto de las garantías básicas del derecho al debido proceso, del delito que se persigue y de las reglas de la sentencia; en el considerando **sexto**, el Tribunal de apelación realiza el análisis del recurso presentado, en el que estima que el mismo no ha sido presentado por los procesados para controvertir la existencia material de la infracción ni la responsabilidad de estos en la misma, sino para conseguir una reducción de la pena impuesta, así como también se refiere a que el tribunal de primer nivel sí aplicó el principio de favorabilidad invocado por la defensa de los procesados, ya que se ha probado la existencia de una circunstancia agravante genérica; en el considerando **séptimo**, consta la resolución, en la que se rechaza el recurso de apelación interpuesto por los impugnantes y confirma en su integralidad la sentencia dictada por el Tribunal *a quo*.

9. DECISIÓN.- Por todo 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, analizados los argumentos presentados por la partes procesales y contrastados con la sentencia impugnada, llega a la conclusión que el recurso de casación no ha sido debidamente fundamentado por los procesados recurrentes, José Raúl Chaluisa Candelejo y Geovanny Chaluisa Candelejo, toda vez que, no han identificado de manera clara las normas que considera han sido infringidas por los jueces de instancia, así como tampoco han explicado cuál fue la errónea interpretación dada a las normas ni cuál es el verdadero alcance y sentido de las mismas; a lo que se adiciona que no se ha explicado tampoco en qué partes de la sentencia se ha encontrado el yerro del juzgador pluripersonal de apelación ni cómo este ha influido en la parte dispositiva de la sentencia; por lo que en tal virtud, **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, declara improcedente el recurso presentado por **José Raúl Chaluisa Candelejo y Geovanny Chaluisa Candelejo**, por cuanto en la sustentación del mismo no se ha acreditado conforme a derecho, ninguna transgresión a la ley, así como tampoco este Tribunal advierte causa para casar de oficio la sentencia recurrida. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen para su ejecución. **Notifíquese** en los casilleros señalados para el efecto y cúmplase. f) **DR. H. ROBERTO GUZMÁN CASTAÑEDA**, CONJUEZ NACIONAL PONENTE f) **DR. ALEJANDRO ARTEAGA GARCÍA**, CONJUEZ NACIONAL; f) **DRA. IVÁN SAQUICELA RODAS**, CONJUEZ NACIONAL.- Certifico: f) Dra. Ximena Quijano Salazar, Secretaria Relatora.

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

Quito, 2 de mayo de 2017


Dr. Carlos Rodríguez García
SECRETARIO RELATOR