



REGISTRO OFICIAL[®]

ÓRGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

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

EDICIÓN JURÍDICA

Año I - Nº 142

**Quito, jueves 23 de
noviembre de 2017**

ING. HUGO DEL POZO BARREZUETA
DIRECTOR

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

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

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

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

Impreso en Editora Nacional

112 páginas

www.registroficial.gob.ec

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



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RESOLUCIONES:

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

Oficio No. 00068-2016-CNJ-
SPPMPPT-PS

J1016-2015-R1250-2016, J0097-2014-R1251-2016,
J0172-2016-R1254-2016, J1326-2015-R1255-2016,
J593-2014-R1277-2016, J1666-2013-R1279-2016,
J1331-2014-R1280-2016

OFICIO No. 00068-2016-CNJ-SPPMPPT-PS
Quito, 21 de diciembre de 2016

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

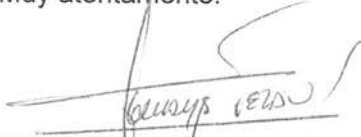
Señor Director:

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

No. JUICIOS	RESOLUCIONES 2016
1016-2015-JBC	1250
0097-2014-MJF	1251
0172-2016-LEV	1254
1326-2015-VRV	1255
0593-2014-LEV	1277
1666-2013-JBC	1279
1331-2014-GTS	1280

Particular que comunico a usted para los fines legales pertinentes.

Muy atentamente.-


DRA. GLADYS TERAN SIERRA
PRESIDENTA DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR,
PENAL POLICIAL Y TRANSITO
CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

JUICIO No. 1016-2015
RESOLUCION No. 1250-2016
RECURSO: CASACION
PROCESADO: Francisco Morocho Sango Y OTRO
DELITO: TRANSITO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. - SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRANSITO.

Quito, martes 12 de julio del 2016, las 09h29.

VISTOS: La Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, el 6 de julio de 2015, las 16h45, resolvió aceptar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Francisco Morocho Sango, reformando la pena imponiéndole la pena privativa de la libertad de dos años; inconforme con esta sentencia el procesado interpone recurso de casación.

Aceptado a trámite el recurso de casación y habiéndose realizado la audiencia oral, pública y de contradictorio que establece el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, a la que concurrieron el Dr. Gustavo Ludeña, Defensor Público, en representación del procesado Francisco Morocho Sango y el Dr. Raúl Garcés Llerena, delegado del señor Fiscal General del Estado; y, cumplido con el trámite previsto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal y siendo el estado de la causa, el de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN:

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

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

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

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, en sesión de 28 de enero de 2015, dio cumplimiento con lo dispuesto por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en la Resolución No. 02-2015, resultado de lo cual integrado el presente Tribunal de casación, por el Dr. Jorge Blum Carcelén, de conformidad al artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial en calidad de Juez Nacional Ponente, el Dr. Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional y el Dr. Richard Villagómez Cabezas, Conjuez Nacional, en reemplazo de la Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza

Nacional, encargo realizado con oficio N° 858-SG-CNJ-MBZ, de 21 de junio de 2016, suscrito por el Dr. Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, somos competentes para conocer y resolver el presente recurso de casación penal planteado.

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL:

Analizado el trámite del presente recurso de casación, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna que pudiera invalidar o acarrear nulidad procesal, en consecuencia, este Tribunal, declara la validez de todo lo actuado.

TERCERO.- ANTECEDENTES:

Del parte policial suscrito por el Sub teniente de policía Janio Castillo Zambrano, se conoce de un accidente de tránsito, ocurrido el 4 de junio de 2014, a las 10h30 aproximadamente, en el sector de la Comunidad “Chacabamba”, entrada a “Villa María”, parroquia Columbe, cantón Colta, provincia de Chimborazo, accidente de tránsito, choque con daños materiales y lesiones de Luna Marcatoma Pingos, Rubén Marcatoma Marcatoma, Ana Lucía Pingo Valla y el fallecimiento posterior de la menor Lizbeth Sarai Marcatoma Pingos.

La Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón Colta, el 18 de marzo de 2015, a las 10h51, resolvió declarar a Francisco Morocho Sango, autor del delito de tránsito, tipificado y sancionado en el artículo 127 con las circunstancias a, c y f de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, imponiéndole la pena privativa de la libertad de tres años, el pago de una multa, reducción de puntos, la suspensión de la licencia de conducir por el tiempo que dure la condena y el pago de daños y perjuicios, por lo que, el procesado plantea recurso de apelación.

La Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia Chimborazo, el 6 de julio de 2015, a las 16h45, resolvió aceptar parcialmente el recurso de casación planteado por el procesado, reformando la pena impuesta por haber presentado dentro de la audiencia de juzgamiento el acta suscrita con una de las partes agraviadas, sobre la reparación de daños y perjuicios por lo que la pena establecida es de dos años; el procesado inconforme con esta sentencia interpone recurso de casación.

CUARTO.- INTERVENCIONES DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LA AUDIENCIA ORAL, PÚBLICA Y CONTRADICTORIA:

El Dr. Gustavo Ludeña, Defensor Público, en representación de Francisco Morocho Sango, en síntesis manifestó:

El Juez de la Unidad Judicial Multicompetente, con sede en el cantón Colta, el 18 de marzo del 2015, a las 10H5, declara la culpabilidad de Francisco Morocho Sango, como responsable del delito de tránsito, sancionado y tipificado en el artículo 127, con las circunstancias de los literales a, c y f de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, por lo que se le sentencia a la pena privativa de libertad de tres años, multa de veinte remuneraciones básicas del trabajador en general, reducción de 11 puntos a la licencia de conducir; y, la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, acepta parcialmente el recurso de apelación reformando a la pena, imponiéndole de dos años de privación de libertad, considerando el artículo 120 literal b) de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, ya que se realizó un acuerdo reparatorio y en ese sentido se rebaja la pena.

Fundamenta el recurso de casación sobre lo que dispone el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, por indebida aplicación del artículo 127 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, literales a), c) y f) ya que se debió aplicar el artículo 377 del Código Orgánico Integral Penal, se prevé una pena menor, para este tipo penal.

Argumenta, que debe considerarse el principio de favorabilidad, establecido en los artículos 5.2 y 16.2 del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con el artículo 76.5 de la Constitución de la República, por cuanto considera que existe conflicto entre dos leyes, este error de derecho, se encuentra en la sentencia de segunda instancia emitida por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, en la parte resolutive, en cuanto se refiere a la aplicación de la pena, ya que la sentencia fue dictada el 6 de julio de 2015, cuando se encontraba en plena vigencia el Código Orgánico Integral Penal.

Además señala, que ha existido la aplicación del principio de favorabilidad, en varias resoluciones de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, entre ellas en el proceso penal 1406-2013 delito de tránsito recurso de casación, después de emitir la decisión oral, en la cual el doctor Richard Villagómez Cabezas, Conjuez Nacional, hace un análisis pormenorizado en cuanto al artículo 127 literales b), c), y f) de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, que señala el tipo penal que mantiene incolumne, en el artículo 377 del Código Orgánico Integral Penal, los elementos constitutivos se mantienen en uno y otro cuerpo sustantivo penal, sin que haya variado la naturaleza jurídica del delito de tránsito, y luego hace un análisis en cuanto a la Ley Orgánica de Tránsito y al Código Orgánico Integral Penal.

Solicita que se case la sentencia y se aplique la pena que en derecho le corresponde, considerándose el artículo 45 numerales 3 y 4 del Código Orgánico Integral Penal, es decir se traslade, la aplicación de la modulación de la pena con la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y se traslade este criterio al Código Orgánico Integral Penal en el artículo 377, que se prevé una pena de 1 a 3 años.

CONTRADICCION FISCAL.

El doctor Raúl Garcés Llerena, delegado del señor Fiscal General del Estado, en síntesis expresó:

El recurrente interpone este recurso de casación, refiriendo la indebida aplicación, pero el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, cuando se refiere a la indebida aplicación, señala que se aplica una norma distinta al caso y conforme se ha referido que este delito de tránsito, debía ser sancionado, de acuerdo al artículo 377 del Código Orgánico Integral Penal, pero la Fiscalía estima que el recurso debía haberse interpuesto también de conformidad con el artículo 656 del mismo cuerpo legal, que refiere a la casación que contiene las mismas causales, pero no lo ha hecho.

La Fiscalía estima, que el artículo 377 del Código Orgánico Integral Penal, que ha hecho referencia el recurrente consta en el numeral 5, sancionando de 3 a 5 años de privación de la libertad, por cuanto se ha infringido el reglamento y no se ha cumplido con la disposiciones contenidas en el mismo; al salir el vehículo conducido por Francisco Morocho Sango, de una vía secundaria a la vía principal, sin tomar las precauciones debidas, y es por esto que ocasiona este accidente de tránsito con heridos y la muerte de una menor de edad Lizbeth Sarai Marcatoma Pingos, hechos ocurridos el 4 de junio del

2014, en el cantón Colta.

El recurrente se ha referido a la favorabilidad, lo que el juzgador de instancia ya la aplicó imponiéndole dos años de pena modificada, conforme lo establece el artículo 120 literal b) de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, que rebaja el 40%, considerando que el artículo 127 literales b), c), y f), que trata de la existencia de la negligencia, imprudencia, inobservancia de la Ley y Reglamentos de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, lo ha hecho conforme la aplicación de la favorabilidad, se le ha aplicado dos años, siendo que este delito está tipificado y sancionado de tres a cinco años.

La Fiscalía estima que de la lectura de la sentencia dictada por la Sala Penal, que aplica el artículo 127 literales a), c), y f) de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, considerando la primera transitoria del Código Orgánico Integral Penal, por lo que no existe violación a la ley, en tal virtud solicita se rechace el recurso de casación planteado por improcedente.

QUINTO.- ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN:

El recurso de Casación es extraordinario y eminentemente técnico, por lo que el recurrente debe indicar cuál es el error de derecho que considera tiene la sentencia emitida por los jueces de instancia, que constituya una violación a la ley, por alguna de las causales establecidas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, ya sea por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación de la ley; la primera causal se produce cuando no se aplica la norma jurídica que corresponda; la segunda, esto es por la indebida aplicación o también conocido como error de pertinencia, cuando se aplica una norma jurídica que no corresponde al hecho; y, la errónea interpretación, cuando se le atribuye a la norma un sentido que no lo tiene, confundiendo el alcance de la misma.

Para el tratadista Alfonso Zambrano Pasquel, la casación es: “una institución establecida con el fin de garantizar la corrección sustancial y la legalidad formal del juicio previo exigido por la constitución, para asegurar el respeto a los derechos individuales y a las garantías de igualdad ante la ley e inviolabilidad de la defensa en juicio, así como también el mantenimiento del orden jurídico penal, por una más uniforme aplicación de la ley sustantiva. Es considerado, como un medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos por la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia, y una nueva decisión sin la necesidad del reenvío a nuevo juicio, como ocurre en Ecuador”.

El recurrente acusa la indebida aplicación del artículo 127 literales a), c) y f) de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, indicando que se le debía aplicar el primer inciso del artículo 377 del Código Orgánico Integral Penal, y que además que se considere el principio de favorabilidad para que se module la pena, entre 1 y 3 años de pena privativa de la libertad; por lo que al respecto este Tribunal de Mayoría considera que la argumentación del recurrente es antitécnica, y no logra justificar el error de derecho, ya que en realidad ambos tipos penales, se refieren a la existencia del delito de tránsito con muerte, ya que la sentencia impugnada condena al recurrente por haber ocasionado el accidente de tránsito en el que se produjo la muerte de una persona por negligencia, imprudencia y haber inobservado la ley de tránsito y su reglamento.

Del análisis de la sentencia establecemos, que los juzgadores de instancia han relacionado

los hechos, con la prueba actuada en juicio, llegando a establecer con certeza que el procesado Francisco Morocho Sango, es autor responsable del delito de tránsito con resultado muerte, encuadrando su conducta en lo dispuesto en el artículo 127 circunstancias a), c) y f) de la Ley de Tránsito respectiva, que se refiere al haber ocasionado el accidente por negligencia, imprudencia e irrespetando la ley y el reglamento respectivo; que es el mismo tipo penal, tipificado y reprimido en el artículo 377 del Código Orgánico Integral Penal, en cuyo segundo inciso, se sanciona de 3 a 5 años, de pena privativa de libertad, cuando el resultado dañoso es producto de acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas, como el exceso de velocidad, las malas condiciones del vehículo, entre otras también la señalada en el numeral quinto de dicha norma, que se refiere a la inobservancia de leyes, reglamentos, regulaciones técnicas u órdenes legítimas de las autoridades o agentes de tránsito.

Los jueces de instancia han descrito en forma lógica, coherente y razonable que el accidente de tránsito, con la prueba actuada en juicio, se establece que se produjo cuando el procesado en forma negligente, imprudente y sin respetar el artículo 127. a), c) y f) de la Ley de Tránsito, y los artículos 209 y 281 del Reglamento a dicha ley, salió de una vía secundaria a una principal, sin tomar las precauciones debidas, ni el derecho de preferencia que tenía el otro vehículo, con preferencia de circulación, ocasionando el accidente de tránsito con resultado muerte; ya que la negligencia, consiste en el descuido, omisión del autor de los debidos cuidados de su conducta, respecto de las demás personas o bienes. (GOLDSTEIN, "Diccionario de Derecho Penal y Criminología, pág. 701); mientras que la imprudencia, es la omisión de cautela que la común experiencia de la vida enseña que se deben tomar en el cumplimiento de algunos actos y en el uso de ciertas cosas, (ob. Cit. Pág. 570); por lo que consideramos que el planteamiento realizado por los jueces de instancia, es coherente, tomando en consideración los hechos fijados, por lo que estimamos que la sentencia se encuentra debidamente motivada, ya que en ella, se ha relacionado los hechos, con la prueba actuada en juicio, encuadrándola en el tipo penal que corresponde, por lo que no procede lo planteado por el recurrente.

Respecto a la motivación la Corte Constitucional, en la sentencia N° 076-16-SEP-CC, caso N° 1956-13-EP, dice: "en su rol de máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia, de conformidad con lo establecido en el artículo 429 de la Constitución de la República del Ecuador determinó en su sentencia N.° 092-13-SEP-CC, dictada dentro del caso N.° 0538-13-EP, que la garantía de la motivación cuenta con determinados requisitos a ser observados por las autoridades, encontrándose entre estos la razonabilidad, lógica y finalmente la comprensibilidad. En relación con los parámetros referidos, este Organismo, en su sentencia N.° 017-14-SEP-CC emitida dentro del caso N.° 0401-13-EP, señaló que: "Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre ésta y la decisión. Una decisión comprensible, por último debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto".

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

También el recurrente ha solicitado que se aplique el principio de favorabilidad, modulándosele la pena conforme el primer inciso del artículo 377 del Código Orgánico

Integral Penal, lo que no es procedente, ya que de los hechos probados y que han sido analizados por los jueces de instancia, en virtud de los principios de inmediación y contradicción, llegamos a establecer que es correcto el tipo penal por el que ha sido condenado el recurrente, cuyo accionar no se encaja en el primer inciso del artículo antes referido, sino que corresponde al segundo inciso de la misma norma, que por la inobservancia de las leyes y reglamentos sanciona al acto de tránsito con resultado muerte con 3 a 5 años de pena privativa de libertad, por lo que no le es favorable esta disposición de la nueva ley.

Estos juzgadores de mayoría consideramos, que la pena impuesta por el tribunal de instancia, de 2 años de pena privativa de la libertad, es la correcta, ya que para ello han aplicado la atenuante trascendental señalada en el artículo 120 literal b) de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, en virtud de la oportuna y espontánea reparación de los daños y perjuicios causados, permitiendo rebajar la pena hasta el 40%, como en efecto ha ocurrido, ya que del análisis de la sentencia consta analizada la reparación efectuada para la modificación de la pena.

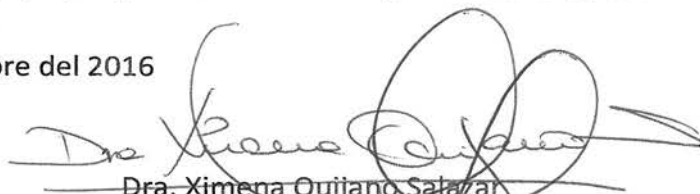
También solicita el recurrente que se aplique lo dispuesto en el artículo 45.3 y 4 del Código Orgánico Integral Penal, que se refiere a las circunstancias atenuantes, cuando intenta en forma voluntaria anular o disminuir las consecuencias de la infracción, brindando auxilio o ayudando a la víctima; y, cuando repara en forma voluntaria el daño; lo cual no es procedente porque respecto a la primera no ha sido justificada en el juicio, ni analizado por parte de los juzgadores de instancia, quienes aplicaron la atenuante trascendental por la reparación de daños y perjuicios, siendo improcedente el cargo planteado.

SEXTO.- RESOLUCIÓN

Por lo anteriormente expuesto, este Tribunal de Mayoría de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”**, al no haberse justificado el error de derecho, conforme las causales del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso planteado por Francisco Morocho Sango. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen. Actúa como Secretaria Relatora la Dra. Ivonne Guamaní León. **NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE Y CUMPLASE.-** f) DR. JORGE BLUM CARCELEN, **JUEZ NACIONAL PONENTE** f) DR. LUIS MANACES ENRIQUEZ VILLACRES, **JUEZ NACIONAL**; f) DR. RICHARD ITALO VILLAGOMEZ CABEZAS, **CONJUEZ NACIONAL.-** Certifico: f) Dra. Ivonne Guamaní León, Secretaria Relatora.

CERTIFICO: Las tres (3) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito, 24 de noviembre del 2016



Dra. Ximena Quijano Salazar
SECRETARIA RELATORA

PROCESO PENAL 1016-2015
SENTENCIA INMOTIVADA POR IRRAZONABLE E ILOGICA
VOTO SALVADO:
CONJUEZ NACIONAL PONENTE: DR. RICHARD VILLAGÓMEZ CABEZAS

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

Quito, martes 12 de julio del 2016, a las 09h29

VISTOS: Este proceso penal tiene como antecedente el parte policial suscrito por el Subte. Janio Castillo Zambrano, en el cual da a conocer sobre un accidente de tránsito ocurrido el día 04 de junio de 2014, a eso de la 10h30 aproximadamente, en el sector de la Comunidad "Chacabamba", entrada a "Villa María" parroquia Columbe, cantón Colta, provincia de Chimborazo, accidente de tránsito que ha provocado choque con daños materiales y que ha producido las lesiones de Luna Marcatoma Pingos, Rubén Marcatoma Marcatoma, Ana Lucia Pingos Valla y el fallecimiento posterior de la niña Lizbeth Saraí Marcatoma Pingos; choque ocurrido entre el automotor de placas PPB0291 conducido por el señor Francisco Morocho Sango y un camión de placas HBB6923 conducido por el señor Kléber Orlando Altamirano Urgilés, sin que se hubiera podido detener al conductor de este último. Luego de las respectivas diligencias dadas durante indagación previa, fue convocada la audiencia de formulación de cargos, dando inicio a la instrucción fiscal, procesando al ciudadano Francisco Morocho Sango, por presumirlo autor del delito tipificado en el artículo 127 literales a) y c), de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial (LOTTTSV), con el agravante establecido en el artículo 121 literal f) de la referida Ley, por cuanto el imputado conducía con una licencia caducada, solicitándose como medida cautelar la determinada en el artículo 154 Ibídem, esto es la retención del automotor de placas PPB 0291; y, también como medidas de carácter personal las previstas en el artículo 167.4 y 10 del Código de Procedimiento Penal (CPP).

El Juez de la Unidad Multicompetente con sede en el cantón Colta, Provincia de Chimborazo, con fecha 21 de noviembre de 2011, luego de realizada audiencia de sustentación de dictamen, promueve acción penal en contra de Francisco Morocho Sango, como presunto autor responsable del delito tipificado y sancionado en el artículo 127, literales a), c), y f) LOTTTSV.

Mediante sentencia de fecha 18 de marzo de 2015, las 10h51, el Juez de la Unidad Multicompetente con sede en el cantón Colta, Provincia de Chimborazo, declara que Francisco Morocho Sango, es autor del delito de tránsito tipificado y sancionado en el artículo 127 LOTTTSV "con las circunstancias de los literales a), c) y f)" (Sic); por lo que se le impone la pena privativa de libertad de tres años de prisión; multa de veinte remuneraciones básicas del trabajador en general, la reducción de 11 puntos en la licencia de conducir de conformidad con el artículo 97 LOTTTSV; igualmente, la suspensión de la licencia de conducir por el tiempo de la condena; y, conforme lo dispone el artículo 60 CP se le suspende los derechos de ciudadanía. En relación con la acusación particular de Luis Alfredo Marroquín Ortiz, se la acepta, en tal virtud se dispone que Francisco Morocho Sango en solidaridad con María Leonor Morocho Álvarez, propietaria del vehículo de placas PPB291 conforme ordena el artículo 175

LOTTTSV, paguen la suma de ocho mil dólares de los Estados Unidos de América, como reparación de los daños ocasionados en el automotor de placas HBB6923. Se dispone que una vez ejecutoriada la sentencia, se gire la correspondiente boleta constitucional de encarcelamiento en contra del sentenciado para que cumpla la pena impuesta. Se dispone oficiar a las autoridades de tránsito competentes para la rebaja de puntos y el cobro de la multa impuesta.

La Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, con fecha 06 de julio de 2015, las 16h45, acepta parcialmente el recurso de apelación presentado por el sentenciado Francisco Morocho Sango, en consecuencia, y “confirma la sentencia recurrida” (Sic) en cuanto se declara la culpabilidad del acusado, reformándola en cuanto a la pena impuesta por haberse presentado en la audiencia de juzgamiento un acta en la que se hace referencia a la reparación de los daños y perjuicios causados con una de las partes agraviadas, por lo que se considera como circunstancia atenuante acorde con el artículo 120. b LOTTSV, que regula y modifica la pena de privativa de la libertad, fijándola en dos años de prisión.

Dentro de término legal, Francisco Morocho Sango, interpone recurso de casación, para ante esta Corte Nacional de Justicia.

1. COMPETENCIA Y VALIDEZ PROCESAL

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión penal, según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE); artículo 349 y siguientes del Código de Procedimiento Penal (CPP), vigente a la fecha del procesamiento; artículo 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) y Segunda Disposición Transitoria, en concordancia con la Ley reformativa al COFJ, publicada en el Suplemento del Registro Oficial nro. 38 de 17 de julio de 2013; y, las resoluciones números 1 y 2 de 2015, dictadas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia que disponen la conformación de las diferentes Salas de esta alta Corte. Por lo expuesto, integran Tribunal de Casación, los señores doctores: Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional Ponente; Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional; y, Richard Villagómez Cabezas, Conjuez Nacional.¹ Tribunal que no ha sido cuestionado en su integración, por ninguna de las partes procesales, asegurándose la garantía del juez imparcial declarada en los artículos: 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH) y 76.7.k CRE.

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

2. FUNDAMENTACIÓN Y DEBATE DEL RECURSO

¹ Por licencia legalmente concedida a la señora doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional.

El doctor Paúl Ludeña, defensor público, al fundamentar el recurso de casación propuesto por el ciudadano Francisco Morocho Sango, en lo principal expresa que el juez aquo condenó a Morocho Sango como autor del delito tipificado y sancionado en el artículo 127.a.c.f de la Ley Orgánica de Tránsito, transporte Terrestre y Seguridad Vial (LOTTSV) imponiéndole la pena privativa de libertad de tres años de prisión, pena pecuniaria de 20 remuneraciones básicas del trabajador en general, la reducción de 11 puntos en licencia de conducir, la suspensión de la licencia de conducir automotor por el tiempo de la condena, suspensión de los derechos de ciudadanía. Luego, al resolverse la apelación propuesta por Morocho Sango, el tribunal adquem, reforma la medida de la pena privativa de libertad fijándose en dos años de prisión en razón de la concurrencia de la atenuante trascendental prevista en el artículo 120.e LOTTSV, suscitando error *in iudicando* por indebida aplicación del artículo 127 LOTTSV cuando en realidad correspondía la aplicación del artículo 377 COIP que prevé una pena menor a la norma penal anterior, por lo que debió operar la favorabilidad. Por estas consideraciones, solicita se case la sentencia venida en grado y se fije la pena congrua conforme el artículo 43 COIP

De su parte, la Fiscalía General del Estado², en ejercicio del contradictorio, puntualiza que el presente recurso de casación debió interponerse sobre la base del artículo 656 COIP “que contiene las mismas causales de casación” (Sic) El artículo 357.5 COIP prevé una pena privativa de libertad cuya escala va entre 3 y 5 años de prisión cuando se suscita el accidente de tránsito por inobservancia de las normas de reglamento de tránsito, que en la especie implica que Morocho Sango salió de una vía de tercer orden a una de primer orden, sin tomar las precauciones necesarias, provocándose heridos, daños materiales y la muerte de una persona. El tribunal adquem modifica la pena por la atenuante del artículo 120.e LOTTSV y la fija en dos años de prisión. No obstante, no cabe aplicar el artículo 43 COIP ya que los hechos fueron juzgados con la LOTTSV, por ello pide se declare improcedente el recurso de casación propuesto por Morocho Sango.

3. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

La casación tiene naturaleza anulatoria,³ y analiza el ordenamiento jurídico y su aplicación por los jueces en el caso concreto. Es un medio impugnatorio extraordinario que se focaliza en la existencia de un error *in iudicando* que se genera por una de las causales del artículo 349 CPP. Supuestos que se refieren a la manera en la que el que órgano jurisdiccional aplica la ley para resolver el caso concreto, pudiendo errar en dos áreas de esta actividad. La primera de estas áreas es la subsunción, que consiste en la adaptación del relato fáctico obtenido de la valoración

² Actúa el señor doctor Raúl Garcés, delegado del Fiscal General del Estado.

³ Humberto Fernández, *La casación en el sistema penal acusatorio*, Bogotá, Ed. Leyer, 4ª. ed., s.f., p. 26.

Se origina en los ordenamientos jurídicos de la revolución francesa del siglo XVII, mediante la ley número 27 de primero de diciembre de 1790 dictada por la Asamblea Nacional que creó un Tribunal de casación para anular aquellos procedimientos violatorios expresados en las sentencias.

probatoria que ha efectuado el órgano jurisdiccional, al supuesto de hecho que requiere una norma jurídica para su aplicación.⁴

La casación es un instrumento protector de los derechos humanos y de las garantías de los sujetos procesales, que procura alcanzar la justicia a través del ejercicio del derecho a recurrir, garantizado en el artículo 76.7.m CRE, en relación con los artículos: 8.2.h CADH⁵ 14.5 PICP.⁶ Por ello, mediante casación corresponde el examen de la sentencia del adquem, para determinar posibles violaciones en ella a la ley, ya por haberse: contravenido expresamente a su texto, por indebida aplicación; o, por haberla interpretado erróneamente, como dispone el artículo 349 CPP.⁷

Por determinación de los artículos 424-427 CRE, corresponde a este Tribunal de casación, realizar un examen respecto de la sentencia dictada por el tribunal adquem a fin de establecer si cumple con el estándar de motivación de las resoluciones del poder público, garantizado en el artículo 76.7.l ibídem. Superado este test se establecerá si los cargos de casación son procedentes o no.

La Corte Constitucional ha determinado de modo vinculante que una sentencia es motivada cuando ésta es razonable, lógica y comprensible⁸ esto es cuando exterioriza la justificación razonada de su decisión (en este casos de condena),⁹ cumpliéndose así con el artículo 76.7.l CRE, y el principio de razón suficiente¹⁰ por el que el órgano jurisdiccional debió razonar: a. el material probatorio en que se fundan sus conclusiones, describiendo el contenido de cada elemento de prueba relevante (requisito descriptivo); y, b. este acervo probatorio luego debe servir para ligarlo con las afirmaciones que se incorporan en el fallo, en este caso, ratificadorio de condena y desestimatorio de apelación (requisito intelectual).

El tribunal adquem integrado por los doctores: Ángel Alulema, Fernando Cabrera y Marcos Díaz, al resolver el recurso de apelación propuesto por Morocho Sancho en la parte resolutive, expresa:

⁴ Irving Copi y Carl Cohen, *Introducción a la Lógica*, 1995, Limusa Noriega Editores, 2ª. ed., México, pp. 615-619.

Son dos los errores que pueden devenir de la subsunción. La falta de aplicación de una norma jurídica cuyo supuesto de hecho concuerda con la narración del contenido fáctico; y, la indebida aplicación de una norma de derecho cuyo supuesto de aplicación no se ha generado en el caso sometido al juzgamiento del tribunal de instancia. La segunda área del error *in iudicando*, tiene que ver con las consecuencias jurídicas que son previstas por la norma, en aquellos casos en los que efectivamente corresponde su aplicación. En esta área solo puede presentarse la errónea interpretación, y exige de parte de quien lo propone, la aceptación de que la norma utilizada para resolver es la correcta, ya que la impugnación que se hace sobre el fallo se dirige únicamente al sentido y alcance que el órgano jurisdiccional le ha dado a las consecuencias jurídicas que devienen de las normas utilizadas para resolver.

⁵ 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.

⁶ 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.

⁷ A través de este medio no se puede revalorar la prueba. No obstante, por excepción, cuando el juzgador comete errores de derecho en la valoración de la prueba, procede su corrección, siendo sus objetivos: a) el imperio de la ley, es decir su aplicación correcta; b) la uniformidad de la jurisprudencia, para que los jueces den igual interpretación a igual ley y en iguales circunstancias; y, c) la rectificación del agravio inferido a una de las partes procesales.

⁸ Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia 030-15-SEP-CC, caso 0849-13-EP, 4 de febrero de 2015.

Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Sentencia de casación nro. 867-2014

⁹ Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela. Sentencia de 5 a agosto de 2008. párr. 77

"El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra y otorga credibilidad de las decisiones en el marco de una sociedad democrática".

¹⁰ Tomás Gálvez, *Nuevo Ordenamiento Jurídico y Jurisprudencia*, Ideas Solución Editorial, Perú, 2015, T.II, p. 279

(...) “acepta parcialmente el recurso de apelación presentado por el sentenciado FRANCISCO MOROCHO SANGO, y en consecuencia se confirma la sentencia recurrida en cuanto se declara la culpabilidad del acusado, pero se REFORMA (Sic) en cuanto a la pena impuesta por haber presentado dentro de la audiencia de juzgamiento el acta suscrita CON UNA DE LAS PARTES AGRAVIADAS¹¹ sobre la reparación de los daños y perjuicios causados, por lo que se considera como circunstancia atenuante a su favor para, por así determinarlo el artículo 120 literal b) de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, en concordancia con el inciso final que regula y modifica la pena de privación de la libertad otorgando una rebaja de hasta el 40% de la pena establecida, por tanto la pena establecida es la de DOS AÑOS que la deberá cumplir en el Centro de Rehabilitación de Personas Adultas en Conflicto con la ley de la ciudad de Riobamba (Sic), debiendo cumplir con las demás sanciones impuestas en la sentencia de primera instancia”...

Cuando el adquem ratifica la sentencia del aquo se establece el fenómeno de la inescindibilidad por el que las dos sentencias se fusionan en una y de esta forma corresponde un examen ampliado por el que debe establecerse la forma en que se ha llegado a conclusión sobre la existencia del delito y la responsabilidad penal de Morocho Sango.

Sobre el delito, se declara que se ha probado conforme a derecho el artículo 127 LOTTSV, con las circunstancias (Sic) de los literales a, c y f. Sin embargo, no consta del razonamiento judicial un juicio de tipicidad por el que se analice los hechos atribuidos a Morocho Sango y se precise los elementos constitutivos del tipo penal: sujeto activo, sujeto pasivo, verbo rector, pena. Los literales a, c y f no son, de modo alguno, circunstancias del delito, como se afirma erróneamente, sino elementos constitutivos del tipo penal culposo.

Al respecto, debe considerarse que la LOTTSV y CP, con los se juzgó este caso, seguían, para los delitos culposos, la teoría de la previsibilidad en que se diferencia claramente la causalidad dada por la negligencia, imprudencia, impericia, inobservancia de leyes y reglamentos de tránsito. Por tanto, cada una de éstas, tiene rasgos específicos y diferenciadores conforme consta del artículo 127 ibídem que dice:

“Será sancionado con, prisión de tres a cinco años, suspensión de la licencia de conducir por igual tiempo y multa de veinte (20) remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general, quien ocasione un accidente de tránsito del que resulte la muerte de una o más personas, y en el que se verifique cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) Negligencia;
- b) Impericia;
- c) Imprudencia;
- d) Exceso de velocidad;
- e) Conocimiento de las malas condiciones mecánicas del vehículo;

¹¹ En la especie, la acusación expresa que producto del accidente de tránsito hay una persona fallecida, heridos y daños materiales.

f) Inobservancia de la presente Ley y su Reglamento, regulaciones técnicas u órdenes legítimas de las autoridades o agentes de tránsito”.

A Morocho Sango, le ha sido atribuido, mediante sentencias del aquo y del adquem, los literales: a (negligencia); c (imprudencia); y, f (inobservancia de la ley, reglamento, regulaciones técnicas y órdenes legítimas de las autoridades o agentes de tránsito).

Como consecuencia de la aplicación de lógica elemental en el caso concreto, se ha de precisar que no pueden confluír a la vez estas tres causas en un delito culposo, porque éstas son excluyentes entre sí. De forma que, no puede concurrir de modo simultáneo negligencia e imprudencia.¹² Imprudencia e inobservancia de ley y reglamentos o las tres causas a la vez. Cada una de ellas tiene características específicas y probanza propia, aunque una consecuencia idéntica para la fijación de la pena. Esto no ocurre en el COIP (art. 377) que tiene otro diseño que se rige por la teoría del riesgo en que se considera en el primer inciso la infracción del deber objetivo de cuidado (con pena privativa de libertad de uno a tres años) en tanto que en el segundo inciso, el resultado dañoso como consecuencia de acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas con cinco causas (expresadas en literales 1-5 en que se incluye la inobservancia de ley, reglamento, etc.) con una punición de 3 a 5 años de pena privativa de libertad, y pena pecuniaria que conforme el artículo 70.7 COIP está dada, es de 10 a 12 salarios básicos unificados del trabajador en general.¹³

Del razonamiento judicial, se tiene inicialmente la fijación de los literales: a, c y f, del artículo 127 LOTTTSV, y más adelante se analiza en específico el literal f que corresponde a la inobservancia de la ley, reglamento, regulaciones técnicas y órdenes legítimas de las autoridades o agentes de tránsito. Se trata por tanto de una ley penal en blanco, porque se remite, para su complemento y fijación de consecuencia, a otra norma jurídica que en este caso es el reglamento de aplicación a la LOTTTSV.¹⁴

En tal sentido, el artículo 9 LOTTTSV señala que:

“Los peatones, conductores, pasajeros, automotores y vehículos de tracción humana, animal o mecánica podrán circular en las carreteras y vías públicas del país, sujetándose a las disposiciones de esta Ley, su reglamento, resoluciones y regulaciones técnicas vigentes”.

Para complementar el tipo penal del artículo 127.f ibídem, se puede acudir a las siguientes fuentes:

¹² Conforme el diccionario de la Real Academia de la Lengua, la negligencia proviene de latine negligentia, y tiene dos acepciones: 1. Descuido, falta de cuidado. 2. Falta de aplicación. En tanto que, la imprudencia es la omisión de la diligencia exigible. Disponible en <http://www.rae.es/>

¹³ **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. (...)

¹⁴ Es una ley penal en blanco impropia porque el Reglamento no proviene de órgano legislativo (Asamblea Nacional), sino de la Presidencia de la República.

- a. ley,
- b. reglamento,
- c. regulaciones técnicas
- d. órdenes legítimas de las autoridades
- e. agentes de tránsito.¹⁵

Del razonamiento judicial, se tiene la remisión dada hacia los artículos 209 y 281 del reglamento de aplicación a la LOTTSV que taxativamente dicen:

Art. 209.- Cuando una vía sea más amplia o tenga notoriamente mayor circulación vehicular, tendrán preferencia de paso los vehículos que transiten por la vía con estas características. Así mismo, las calles asfaltadas tendrán preferencia sobre las que no lo estén.

Art. 281.- Cuando una vía sea más amplia o tenga notoriamente mayor circulación vehicular, tendrán preferencia de paso los vehículos que transiten por la vía con estas características. Así mismo, las calles asfaltadas tendrán preferencia sobre las que no lo estén.

De la cita de los artículos 209 y 281 ibídem, el tipo penal atribuido a Morocho Sango se adecuaría en el artículo 127.f LOTTSV. No obstante, se produce en este punto infracción al derecho constitucional de motivación mediante incongruencia al existir una abierta y palmaria discordancia entre la cita de normas (contenido iure) literales a, c y f (artículo 127 LOTTSV) y los hechos acusados y estimados probados (contenido facti) por el tribunal adquem (art. 127.f).

Al no haberse cumplido con estas exigencias en el juicio de tipicidad, es evidente que tampoco se pudo justificar la aplicación o no del principio de favorabilidad en el caso concreto, pues correspondía establecer si la conducta se ha despenalizado, cosa que no ha ocurrido, puesto que existe la descripción actual del artículo 377 COIP que tiene dos supuestos de hecho, en que la inobservancia de la ley, reglamento, etc., como causa del accidente de tránsito, con resultado muerte, está punido con tres a cinco años de pena privativa de libertad, pena pecuniaria de 10 a 12 salarios básicos unificados del trabajador en general (art. 70.7 COIP). Por tanto, para la fijación de la pena congrua en el caso concreto corresponde establecer inicialmente que el tipo penal no ha sido suprimido en la ley posterior (COIP) y luego señalar el rango de la medida de la pena (en abstracto), para lo cual debe haberse probado elementos constitutivos y la concurrencia o no de circunstancias atenuantes y agravantes.¹⁶

En cuanto a la reparación material, se ha de considerar que el presente caso es sui generis toda vez que, de la acusación fiscal, se tiene varios resultados lesivos, consistentes en: a. muerte de una persona¹⁷; b. personas heridas¹⁸ ; y, daños materiales.¹⁹

¹⁵ Las dos primeras operan mediante remisión entre normas jurídicas (ley-ley ley-reglamento), en tanto que las tres últimas no tienen caracteres de normas jurídicas propiamente dichas.

¹⁶ De la acusación fiscal se señala como agravante que Morocho Sango conducía con licencia caducada.

¹⁷ Niña Lizbeth Sarai Marcatoma Pingos

¹⁸ Luna Marcatoma Pingos, Rubén Marcatoma Marcatoma, Ana Lucia Pingos Valla.

¹⁹ Automotor de Luis Marroquín.

En sentencia, el adquem, manda a reparar solidariamente a Morocho Sarango y María Morocho (propietaria del automotor) por la suma de usd. 8.000 a Luis Alfredo Marroquín (acusador particular) en razón de los daños materiales causados a su automotor y de modo genérico, señala que se reforma la medida de la pena privativa de libertad fijándosela en dos años de prisión, al haberse *"presentado dentro de la audiencia de juicio el acta suscrita con una de las partes agraviadas"* (Sic), de modo que, no se ha reparado integralmente a todos los ofendidos con ocasión del delito, sin que sea por tanto posible la modulación de la pena en concreto, tal y como lo ha hecho de modo equívoco el tribunal de apelación.

En conclusión, la sentencia dictada por el tribunal adquem, carece de motivación por incongruencia al existir divergencia entre el contenido iure y el contenido facti, sin que sea razonable al no ser verificables sus premisas y conclusiones conforme así lo ha razonado la doctrina²⁰, lo que en definitiva vulnera el artículo 76.7.I CRE

4. RESOLUCIÓN

Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, declara que la sentencia dictada por el tribunal adquem no cumple el estándar constitucional de motivación previsto en el artículo 76.7.I CRE, por tanto se declara su nulidad y en el efecto rescisorio, se dispone que, el proceso vuelva al estado en que se conozca y resuelva en sentencia el recurso de apelación por un tribunal competente. Con costas a cargo de los jueces que dictaron la sentencia hoy nulitada. Devuélvase el proceso al órgano jurisdiccional de origen, para los fines de ley. **NOTIFÍQUESE.** f) Dr. Richard Villagómez Cabezas, **CONJUEZ NACIONAL PONENTE, VOTO SALVADO** f), Dr. Jorge Blum Carcelén **JUEZ NACIONAL**; f) Dr. Luis Enríquez Villacrés, **JUEZ NACIONAL**.- Certifico: f) Dra. Ivonne Guamaní León, Secretaria Relatora.

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

Quito, 24 de noviembre del 2016


Dra. Ximena Quijano Salazar
SECRETARIA RELATORA

²⁰ Juan Iguartua Salavarría, El razonamiento en las resoluciones judiciales, Palestra Temis, Lima-Bogotá, 2009

JUICIO No. 0097-2014
RESOLUCION No. 1251-2016
RECURSO: CASACION
PROCESADO: JUAN EDUARDO ESPINOSA ROMO
DELITO: ATENTADO AL PUDOR

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

CAUSA No. 097-2014-JCC

JUEZ PONENTE: Dr. Miguel Jurado Fabara

Quito, martes 12 de julio del 2016, las 09h45

VISTOS:

1. ANTECEDENTES DE LA CAUSA

- 1.1.** El Segundo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, declara la culpabilidad del Acusado JUAN EDUARDO ESPINOSA ROMO, como AUTOR responsable del delito de atentado contra el pudor, tipificado y sancionado en el artículo 504.1 del Código Penal, imponiéndole la pena de cuatro (4) años de reclusión mayor ordinaria. En cumplimiento con lo dispuesto en el Art. 78 de la Constitución de la República, en concordancia con el numeral 5 del Art. 309 del Código de Procedimiento Penal, se fija como indemnización por los daños y perjuicios causados a la niña F.Y.F.Q¹, la cantidad de quince mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD\$15.000,00), cantidad de la que deberá descontarse el valor del automotor entregado, así como la pérdida de los derechos políticos del sentenciado por el tiempo de la condena.
- 1.2.** De la resolución el procesado interpone recursos de nulidad y apelación, recayendo, por sorteo de ley, en conocimiento de uno de los tribunales de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, sala de apelación que desecha las impugnaciones propuestas por Juan Eduardo Espinosa Romo y ratifica la sentencia condenatoria dictada en su contra en todas sus partes.
- 1.3.** El sentenciado insiste en impugnar el fallo, esta vez por la vía casacional ante la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, tribunal que decide declarar nulidad por falta de motivación de conformidad con la garantía constitucional establecida en el artículo 76.7.1) de la Constitución de la República del Ecuador, retrotrayéndose el proceso desde la audiencia de nulidad y apelación.

¹ Se omite el nombre de la víctima a fin de proteger su identidad y privacidad en atención a lo establecido en el artículo 78 de la Constitución de la República que señala: “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.”

- 1.4. Declarada la nulidad, se instala un nuevo tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha para conocer los recursos interpuestos, que mediante sentencia de 20 de mayo de 2015, las 11h01, desecha los recursos interpuestos y confirma la sentencia condenatoria en todas sus partes.
- 1.5. Del fallo condenatorio, el sentenciado interpone recurso de casación.

1.6. HECHOS

Del fallo del tribunal *ad-quem* se detalla la siguiente relación fáctica:

“Llega a conocimiento de la Fiscalía, la detención del señor Juan Eduardo Espinosa Romo, efectuada el 23 de junio de 2012, a las 23h15 en la calle Obispo Díaz de la Madrid OE10-104 y Padre Damián, de esta ciudad de Quito, mediante Parte de Detención suscrito por el Cbos. Héctor Sánchez, quien refiere que, al trasladarse al lugar mencionado, se entrevistaron con la señora Carla Judith Fuentes Quezada, la que les ha comunicado haber sorprendido al señor Juan Eduardo Espinosa Romo, en una habitación del segundo piso con su pantalón abajo y su miembro viril afuera que lo había estado introduciendo en la boca de su hija F. Y. V. F. de 3 años 10 meses de edad, al momento de ser sorprendido, se ha subido los pantalones y ha salido corriendo e ingresado a la casa contigua; a la llegada de la Policía el señor Eduardo Ramiro Espinosa Estrella padre del señor Juan Eduardo Espinosa, ha prestado la colaboración para el ingreso al domicilio y detención de su hijo. 2”

2. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

- 2.1. El Consejo de la Judicatura, mediante Resolución No. 008 -2015 de fecha 22 de enero de 2015, aprueba la integración de la Corte Nacional de Justicia, misma que ejerce jurisdicción a nivel nacional, de conformidad con el artículo 182, último inciso, de la Constitución de la República del Ecuador y 172 del Código Orgánico de la Función Judicial.
- 2.2. La Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión y los demás que establezca la ley, en materia penal de conformidad con el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; así como los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro oficial No. 38, de 17 de julio de 2013, que sustituyen a los artículos 183 y 186, de la misma ley; y las resoluciones de la Corte Nacional de Justicia No. 01-2015 y 02-2015 de 25 de febrero de 2015.
- 2.3. El Tribunal está integrado por el doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional Ponente, las doctoras Zulema Pachacama Nieto y la señora doctora Beatriz Suárez Armijos, Conjuezas Nacionales quienes actúan por licencias concedidas a los doctores Marco Maldonado Castro y Edgar Flores Mier, Conjueces Nacionales, en virtud de los oficios 0354-SG-CNJ-MM de 23 de marzo de 2016 y 0362-SG-CNJ-MBZ de 28 de marzo de 2016 suscritos por el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia quienes a su vez avocaron conocimiento del

² Cfr. Expediente de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha a fojas 70.

presente recurso, por excusas legalmente aceptadas al doctor Jorge Blum Carcelén y a la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Juez y Jueza Nacionales.

3. TRÁMITE

Según 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 de inicio del proceso “...sin perjuicio del acatamiento de las normas de debido proceso, previstas en la Constitución de la República.” que para el caso son las contenidas en el Código Penal y en el Código de Procedimiento Penal.

4. VALIDEZ PROCESAL

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

5. FUNDAMENTACIÓN Y CONTESTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

5.1. Fundamentación del recurrente Juan Eduardo Espinosa Romo por parte del doctor Diego Chimbo Villacorte

En cumplimiento del orden previsto en el artículo innumerado a continuación del artículo 325 del Código de Procedimiento Penal, interviene el abogado defensor del recurrente, quien argumenta su impugnación, como a continuación se detalla:

- a) Centra su relato de argumentación, en la errónea interpretación del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, considera que “*el Tribunal a-quo dicta mal estas reglas*” lo que lleva a un error de derecho en la valoración de la prueba, en específico, señala que se transgrede las reglas de la lógica al analizar el testimonio de la madre pues considera que difiere de los descrito por el médico legista y la psicóloga y las reglas de la experiencia por cuanto lo que dice la madre no es confrontable.
- b) Manifiesta que, a consecuencia de lo antes descrito, existe una contravención expresa del artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, pues de existir una duda razonable no se puede sentenciar al carecer de certeza, conforme lo dispone el artículo 309.2 del Código de Procedimiento Penal.
- c) Indica que en la audiencia de apelación se cuestionó el testimonio de la madre al ser el único fundamento de la sentencia, a su criterio, ni las reglas de la lógica ni de la experiencia infieren que el testimonio de la madre suple el de la niña o el examen psicológico.

Solicita que se case la sentencia por existir los errores *in iudicando* referidos en la argumentación y se confirme el estado de inocencia.

5.2. Contestación por parte del delegado de la Fiscalía General del Estado.

De conformidad con el artículo 354 del Código de Procedimiento Penal, interviene el doctor Raúl Garcés Llerena en representación de la Fiscalía General del Estado, quien refiere:

- a) Contesta los cargos del casacionista al enunciar que la errónea interpretación del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal busca una nueva valoración probatoria lo que no está permitido de conformidad a lo señalado en el último inciso del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, más aún al hacer alusión a testimonios e informes que ya fueron analizados por los juzgadores de instancia.
- b) En cuanto a la alusión de transgresión del artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal por referirse a la motivación, sostiene que se relaciona con el artículo 76.7.1) de la Constitución de la República del Ecuador, y al respecto la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha se encuentra debidamente motivada, ya que conforme a parece en el considerando noveno se expresa con certeza que existe la materialidad de la infracción y la responsabilidad del recurrente Juan Eduardo Espinosa Romo, así como las agravantes 30.1 y 3 [Código Penal].

Insta a que se rechace el recurso de casación interpuesto.

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

6.1. Sobre el recurso de casación

El sistema jurídico procesal penal nacional, dejó de considerar la impugnación como una etapa, para exponerlo como uno de los principios basales del procedimiento³. El criterio de clasificación establecido en los recursos de materia penal, los divide en *ordinarios* aquellos que no tienen un límite para su fundamentación y *extraordinarios* los que deben argumentarse en los modos y causales, expresamente determinados en la ley.

La institución procesal de la casación nace en el Derecho Francés, sustentada en las ideas separatistas de los poderes de Rousseau y Montesquieu, su progresivo desarrollo ha permitido que en la actualidad sea observado como un recurso extraordinario, dentro de la misma esfera judicial⁴; su prosecución depende del acatamiento de los principios que rigen tanto su fundamentación como su tramitación, en este sentido, el proponente deberá sostener sus argumentos jurídicos, en un orden lógico, concatenándolos a una de las

³ Código Orgánico Integral Penal: “Art. 5.- Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:[...] 6. Impugnación procesal: toda persona tiene derecho a recurrir del fallo, resolución o auto definitivo en todo proceso que se decida sobre sus derechos, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de derechos humanos y este Código.”

⁴ Entre las ideas que sostenían la Revolución Francesa, consideraban a los jueces únicamente como *boca de ley*, por lo que la revisión casacional la realizaba el Poder Legislativo.

causales exclusivas determinadas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, esto es, por contravenir expresamente al texto de la disposición legal utilizada, por haberse hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente, indicando la trascendencia de tal afectación en la decisión de la causa y, la resolución que adopte el Tribunal de Casación deberá limitarse a estos planteamientos⁵.

Dentro de este contexto, su subsistencia en el ordenamiento jurídico, se debe a la necesidad de que el máximo tribunal de la justicia ordinaria, cumpla con tres de las finalidades esenciales de la casación, que se concatenan entre sí: **i) El imperio de la ley** pues se parte del supuesto, que los juzgadores en sus sentencias cumplen y aplican la ley, empero, ante posibles arbitrariedades e incorrecciones en las que pueden incurrir, es necesaria la *nomofilaxis* del ordenamiento jurídico. **ii) Ubi eadem ratio, ibi idem ius**⁶: la casación busca controlar la legalidad de los fallos impugnados, en procura de la uniformidad de jurisprudencia a nivel nacional; y, **iii) Ius litigatoris**: porque permite rectificar el agravio que se pudo generar con la violación de la ley⁷.

La vía casacional es un juicio de valor que confronta la sentencia dictada por el tribunal *ad quem* y la ley; el cotejo entre ésta y aquella, sirve para verificar si lo resuelto, es una real expresión de lo que la Constitución y la ley dispone y, a su vez, como culminante del proceso judicial, realizar el ejercicio de tutelar efectivamente las actuaciones al confirmar su validez y eficacia jurídica.

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

El carácter extraordinario del recurso de casación, reviste de un matiz técnico, que arraiga el deber de argumentar de manera lógica el precepto sustancial que se estima infringido, así como su ubicación en uno de los presupuestos de violación legal preestablecidos y el empleo trascendente de la norma jurídica transgredida en la resolución de la causa.

En la fundamentación *in examine*, el recurrente sujeta sus argumentos en dos aristas: **i) Interpretación errónea del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal**; **ii) Contravención expresa del artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal**, por lo que es procedente realizar un análisis de los argumentos en los que apoya tal solicitud, correspondiendo a este Tribunal de Casación, su análisis en un orden lógico:

6.2.1. Interpretación errónea del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal

En su carga argumentativa el impugnante manifiesta que el juzgador interpreta erróneamente el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, referente a la apreciación de la prueba.

⁵ Salvo la excepción prevista en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, pues en aras de procurar el imperio de la ley, el Tribunal de Casación podrá casar de oficio si observase una transgresión trascendental del ordenamiento jurídico.

⁶ Fernández Vega, Humberto; “La Casación en el Sistema Penal Acusatorio”; Editorial Leyer, Bogotá-Colombia; Cuarta Edición;(s/f) , pág. 28.

⁷ Cfr. Zavala Baquerizo, Jorge (2004) *Tratado de Derecho Procesal Penal*; Tomo X; Editorial Edino; Guayaquil –Ecuador ; págs. 75-77

Para estudiar la afirmación de violación de norma jurídica bajo la modalidad de errónea interpretación, es necesario observar el alcance de la disposición legal por cuanto este caso de error *in iudicando* se visibiliza cuando el juzgador atribuye a la disposición legal un sentido distinto al previsto por el legislador, ya sea limitando su alcance o excediendo su aplicación.

Ahora bien, el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal señala en general que la apreciación probatoria que realice el juzgador se realizará conforme a las reglas de la sana crítica, siendo este el método de valoración probatoria prevista en nuestra legislación procesal penal, por lo que el juzgador se sujeta a tres parámetros específicos la lógica, la experiencia⁸ y la ciencia, que se conforman de principios, máximas y postulados respectivamente.

Se precisan como principios componentes de las reglas lógicas: **i)** de identidad; **ii)** de contradicción; **iii)** de razón suficiente; **iv)** del tercero excluido⁹; en cambio las máximas de la experiencia nacen a partir de experiencias colectivas y del conocimiento público¹⁰; y los postulados científicos se circunscriben a determinadas áreas de conocimiento y se afianzan en cuatros reglas de valoración preferenciales: **i)** prima el conocimiento producido con la mejor tecnología disponible; **ii)** ante igualdad de condiciones tecnológicas debe elegirse el conocimiento de mayor sustento en la comunidad científica; **iii)** se deberá verificar la tasa de error entre un resultado producido por un artefacto y el que produce un humano; y, **iv)** ante la igualdad de las condiciones anteriores el juez tiene discrecionalidad para elegir entre resultados científicos.¹¹

Como se puede verificar son reglas específicas de características concretas, razón por la que al argumentar el error de interpretación de las reglas sana crítica el recurrente debía especificar:

1. El postulado científico, máxima de la experiencia o principio de la lógica;
2. El límite o exceso de alcance en el empleo de la regla concreta;
3. La forma en que debía ser aplicada tal regla;
4. La incidencia de tal error en la resolución de la causa.

El casacionista cuestiona la interpretación realizada por el juzgador respecto de las reglas de la lógica y de la experiencia, no obstante, conforme los parámetros fijados *ut supra*, no existe tecnicidad en su argumento, pues realiza acotaciones generalizadas que no desarrollan el error de derecho alegado e impiden que el Tribunal de Casación analice el fallo impugnado,

⁸ Jaime Parra Quijano, Manual de Derecho Probatorio, edición 18ª, Ed. ABC, Bogotá, 2014, p.74. : *El juez-ser humano, en la valoración de la prueba debe emplear las reglas de la experiencia, es decir, eso que aprendió y que acumuló para ser empleado en nuevas situaciones [...] no es más que una aplicación en concreto de la experiencia que todo hombre posee*”

⁹ Jaime Parra Quijano, Manual de Derecho Probatorio, edición 18ª, Ed. ABC, Bogotá, 2014, p.97-98.

¹⁰ Rodrigo Coloma Correa y Claudio Agüero San Juan; Lógica, Ciencia y experiencia en la valoración de la prueba; Revista Chilena de Derecho vol.41 No.2 Santiago; agosto, 2014: “*Las ME, stricto sensu, son aquellas directrices que se construyen a partir de experiencias colectivas y de conocimiento público El carácter colectivo de la experiencia permite considerar que las directrices son pautas de inferencia que no se agotan en los casos singulares. El carácter público, a su vez, permite invocar un grado de inercia argumentativa que incide en no tener que justificar el uso de la generalización en caso de debate.*”

¹¹ Rodrigo Coloma Correa y Claudio Agüero San Juan; Lógica, Ciencia y experiencia en la valoración de la prueba; Revista Chilena de Derecho vol.41 No.2 Santiago; agosto, 2014

pues refuta el análisis probatorio realizado por el juzgador, buscando obtener una verificación del valor asignado a las pruebas.

Como se ha señalado, en múltiples fallos el casacionista debe limitar sus cargos a una fundamentación que revele un análisis erróneo por parte de los juzgadores, y no requerir una revisión del acervo probatorio para cuestionarlo o desacreditarlo en tanto y en cuanto, la apreciación de estos presupuestos, es de competencia exclusiva y excluyente de los jueces de instancia, quedando prohibido la revaloración de los medios probatorios por disposición expresa del inciso final del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, resultando insuficiente evocar la errónea interpretación del artículo 86 del cuerpo de leyes citado, cuando las reflexiones se enfocan a requerir una revisión del valor asignado a las pruebas, para darles una distinta apreciación o prescindir de aquella, pidiendo un análisis de instancia que contraría la prohibición de realizar argumentos tendientes a la revalorización probatoria¹².

Este criterio es desarrollado por la Corte Constitucional, que al identificar los límites del recurso de casación, en sentencia No. 001-2013-SEP, manifiesta:

*“...al momento de resolver el recurso se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que los jueces tengan competencia para analizar temas de mera legalidad, que ya fueron resueltos y discutidos en las instancias inferiores, como por ejemplo el análisis de informes periciales, o la procedencia y valoración de pruebas, ya que si esto fuera así se desconocería la independencia interna de los jueces y tribunales de garantías penales garantizada en la Constitución de la República en el artículo 168 numeral 1...”*¹³

Más aún al analizar la sentencia del tribunal de apelación, no se advierte un errado alcance de las reglas de la sana crítica como se asevera en la impugnación, sino se anota que el valor asignado a cada prueba contiene inferencias adecuadas y explican su influencia en la comprobación de la existencia material de infracción así como en la determinación de la responsabilidad del señor Juan Eduardo Espinosa Romo, por lo que dictan sentencia condenatoria.

6.2.2. De la contravención expresa del artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal

Sobre la contravención expresa, el tratadista Waldo Ortúzar Latapiat escribió:

*“Hay contravención formal de la ley cuando la sentencia está en oposición o contradicción en su texto o espíritu o motivos. Se trata de la antinomia o divorcio entre lo que dice la norma y lo que dispone la sentencia. Dicha norma puede ser una ley prohibitiva, imperativa o permisiva”*¹⁴

¹² Inciso final del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal: “No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba.”

¹³ Sentencia de la Corte Constitucional No. 001-2013-SEP. Caso No. 1647-11-EP de 06 de febrero de 2013.

¹⁴ Ortúzar Latapiat, Waldo (1958); *Las Causales del Recurso de Casación en el fondo en materia penal*; Editorial Jurídica de Chile; Chile; pág. 24.

Así, se considera que el juzgador contraviene el texto legal cuando omite la aplicación de normas jurídicas mandatorias o permisivas o aplica aquello que la ley prohíbe.

Es decir, se transgrede una disposición legal imperativa cuando el tribunal deja de hacer lo que la norma ordena; se quebranta una norma jurídica permisiva cuando, a pesar de constar como excepción de una proposición jurídica prohibitiva, no es considerada por el tribunal de apelación; y, existe violación de una norma legal prohibitiva, cuando se aplica el precepto legal a pesar del impedimento expreso de la ley.

Bajo esta modalidad de error de derecho, el recurrente sostiene que se transgrede el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, por cuanto los juzgadores *ad-quem* -a consecuencia de la errónea interpretación de las reglas de la sana crítica- no alcanzaron certeza sobre la materialidad de la infracción *ergo* de su responsabilidad.

El cargo *in comento*, cuestiona en el fondo los motivos consignados para el advenimiento de la certeza, al centrarse en este punto el debate, la posibilidad de que exista falta de motivación trastoca el principio constitucional previsto como garantía básica del derecho a la defensa dispuesto en el artículo 76.7.1)¹⁵, por lo que es imperante el análisis del argumento.

La garantía de motivación dentro del proceso penal, no es más que la justificación racional de las conclusiones jurídicas a las que llega el tribunal en cada caso concreto.¹⁶

La Corte Constitucional, ha delimitado el estándar mínimo que debe tener una sentencia para considerarse satisfecho el derecho a recibir una resolución motivada, así tenemos que se exigen tres características:

*“El requisito de razonabilidad implica que la decisión judicial se encuentre fundamentada en principios constitucionales, sin que de su contenido se desprenda la contradicción contra cualquier principio o valor constitucional [...] Por su parte, el requisito de lógica comprende la estructuración sistemática y ordenada de la decisión, en la cual las premisas sean establecidas en un orden lógico que permita al operador de justicia emitir conclusiones razonables que tomen en consideración los hechos puestos a su conocimiento, así como las normas pertinentes al caso concreto, y finalmente los juicios de valor que conforme los demás elementos se vayan desprendiendo a lo largo de la fundamentación. La consideración de todos los elementos, estructurados de forma sistemática y ordenada, permitirá la emisión de una lógica final que guarde coherencia con las premisas señaladas [...] En cuanto al requisito de comprensibilidad, este supone la emisión de una decisión clara y asequible a las partes procesales y a todo el auditorio social...”*¹⁷

¹⁵ “Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:[...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:[...] l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”

¹⁶ Díaz Cantón, Fernando; “La motivación de la sentencia penal y otros estudios”, Editores del Puerto, 2005, pág. 99

¹⁷ Sentencia N.º 063-14-SEP-CC, caso N.º 0522-12-EP del 09 de abril de 2014.

Es decir que la garantía de motivación se estructura en el derecho de obtener una resolución fundamentada en el ordenamiento jurídico vigente procurando su afianzamiento para impedir posibles actuaciones arbitrarias o irracionales del poder público. Este *error de garantía* afecta a los sujetos procesales generando inseguridad jurídica por lo que el imperativo es cerciorar debida motivación en las resoluciones.

A la luz de lo expuesto, cabe señalar que la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, cumple los parámetros básicos de motivación, pues se han esgrimido razones suficientes que sustentan la certeza alcanzada en las dos aristas que plantea el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal comprobación de la materialidad de la infracción y de la responsabilidad del procesado, en este punto, luego de un análisis de la verificación de subsunción de la conducta en los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal previsto en el artículo 504.1 del Código Penal, el análisis de la antijuridicidad formal y material; así como de la culpabilidad a través del juicio de reproche, la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha precisa que:

“Configuradas así todas las categorías dogmáticas, se declara probada la existencia del delito, siendo procedente, por ende, entrar a analizar la autoría y participación en el mismo de Juan Eduardo Espinosa Romo, para cuyo efecto el Tribunal de la Sala Penal, deja sentadas ciertas premisas dogmáticas. Para la teoría del injusto personal, es esencial la relación con el autor, en los delitos dolosos, como en el caso que nos ocupa, es autor solamente el señor Juan Eduardo Espinosa Romo, por cuanto tiene el dominio fáctico sobre la realización del tipo en grado de autor, mediante el dominio final sobre el acontecer el autor se destaca del mero partícipe, el que, o bien sólo auxilia el acto dominado finalmente por el autor o bien incita a la decisión. En la especie, la madre de la niña en su testimonio ha referido de manera auténtica sin lugar a duda alguna, cómo ha sorprendido al acusado con los pantalones abajo, su pene erecto tratando de introducirlo en la boca de la niña F.Y. V.F., por lo mismo ni siquiera el bien jurídico protegido en este caso es la libertad sexual, ya que se trata de una niña menor de edad carente de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual, lo que implica atentar contra su intangibilidad o indemnidad sexual; es decir, contra la seguridad de su libertad sexual. Tal como manifiesta el tratadista Manuel Miranda Estrampes, en este caso, pese a que el agresor niega su conducta reprochable, insistiendo que no pasó nada, ésta se ha demostrado inobjetablemente con las pruebas de cargo ya analizadas, especialmente con la declaración de la madre de la niña, la cual es corroborada con los testimonios referidos en líneas anteriores, por lo que este Tribunal de la Sala, llega a la convicción de que el acusado tuvo el dominio fáctico del resultado típico, su voluntad de realización fue dirigida en forma planificada para alcanzar el fin propuesto, que ocasionó la lesión efectiva de las barreras del bien jurídico tutelado, en este caso, la indemnidad sexual, ya que procedió a atentar al pudor de la niña; es decir, realizando actos principales, directos, inmediatos al acto punible, enmarcando su conducta a la calidad de autor del delito tipificado y sancionado en el Art. 504.1 del Código Penal, en concordancia con el Art. 42 ibídem, por lo que se ha desvanecido la presunción de inocencia garantizada en el Art. 76 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con el Art 4 del Código de Procedimiento Penal, más allá de toda duda razonable.”¹⁸

¹⁸ Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia, a fojas 73-74.

De la lectura del fallo de condena impugnado, no son perceptibles falencias de argumentación por el contrario se constata una correcta estructuración de silogismos con base a premisas que concatenan la realidad fáctica con la jurídica con coherencia y lógica y que permiten visibilizar la certeza que alcanzó en su conclusión.

En mérito de los considerandos formulados y en aplicación a las disposiciones constitucionales y legales citadas, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, por unanimidad:

RESUELVE:

- 1) Declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por el señor Juan Eduardo Espinosa Romo, conforme lo expuesto en la parte motiva del fallo.
- 2) Notifíquese, Cúmplase y devuélvase el proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la resolución. f) Dr. Miguel Jurado Fabara, **JUEZ NACIONAL PONENTE** f) Dra. Zulema Pachacama Nieto, **CONJUEZA NACIONAL**; f) Dra. Beatriz Suárez Armijos, **CONJUEZA NACIONAL**.- Certifico: f) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

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

Quito, 23 de noviembre del 2016


Dra. Ximena Quijano Salazar
SECRETARIA RELATORA

JUICIO No. 0172-2016
RESOLUCION No. 1254-2016
RECURSO: CASACION
PROCESADO: VÍCTOR ALFONSO TIGRE CUEVA
DELITO: FEMICIDIO

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL
POLICIAL Y TRÁNSITO
CAUSA No. 172-2016.**

CONJUEZ PONENTE: Dra. Daniella Camacho Herold

Quito, miércoles 13 de julio del 2016, las 16h00

VISTOS:

1. ANTECEDENTES

- 1.1** Mediante sentencia de fecha 10 de septiembre de 2015, las 15h20, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Machala de la provincia de El Oro, dicta sentencia condenatoria en contra del señor Víctor Alfonso Tigre Cueva, por considerarlo autor del delito de femicidio, tipificado en el artículo 141 y sancionado en el Art. 142 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal, con aplicación de la circunstancias agravantes determinadas en los numerales 1 y 7 del artículo 47 ibídem; imponiéndole la pena de treinta y cuatro años de pena privativa de la libertad; multa de 800 salarios básicos unificados y como reparación integral al padre de la víctima de \$20.000,00 (VEINTE MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA).
- 1.2** El sentenciado, inconforme con el fallo dictado en primera instancia, interpone recurso de apelación para ante la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, órgano jurisdiccional que dictó la sentencia de fecha 15 de enero de 2016, las 15h24, confirmando en todas sus partes la sentencia subida en grado, sin embargo modifica la pena de treinta y cuatro años a treinta y cuatro años ocho meses de pena privativa de libertad.
- 1.3.** El sentenciado, Víctor Alfonso Tigre Cueva, interpone recurso de casación para ante esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

2.- HECHOS

Fueron relatados de la siguiente manera por el Juez *a-quo*:

“El presente caso tiene como antecedente el parte policial de aprehensión elaborado por los agentes de la DINASED, Capt. Salazar Bedón Edison Bolívar y otros, por medio del cual ponen en conocimiento: “Que el 21 de diciembre de 2014 por disposición del ECU 911 se trasladaron hasta la Ciudadela Unioro, Hotel Oro Verde, específicamente a la habitación 105, lugar donde constataron la presencia física de un cadáver de sexo femenino, que yacía sobre un colchón en posición decúbito dorsal y de acuerdo a datos proporcionados por el padre Ulises Fernando Núñez Cisneros, se la identifica como Priscila Viviana Núñez Varona, de 23 años de edad, quien había sido estrangulada por parte de su cónyuge VÍCTOR ALFONSO TIGRE CUEVA, quien al percatarse que su esposa se encontraba sin signos vitales ha abandonado el lugar de los hechos aproximadamente a las cinco de la madrugada, transportándose en un vehículo de tipo Jeep, marca Toyota, color Rojo, de placas PPZ-918, con rumbo desconocido, que con técnicas de recolección de evidencias han obtenido el número de celular 0990213150, que han solicitado la ubicación satelital de dicho número, dando la posición geográfica en el cantón El Guabo, Parroquia Río Bonito, vía Hotel Paraíso, trasladándose con el señor Fiscal de turno a realizar las respectivas verificaciones, organizando un operativo que culminó con la captura de Víctor Alfonso Tigre Cueva, el mismo que al verse acorralado con un arma blanca (cuchillo se ha propinado un herida punzo cortante en el abdomen. Con estos antecedentes, el 21 de Diciembre del 2014 a las 23h30 se realiza la Audiencia de Calificación de Flagrancia y Formulación de Cargos, donde la Fiscalía da inicio a la Instrucción Fiscal, en contra de Víctor Alfonso Tigre Cueva, luego se realizó la Audiencia Evaluatoria y Preparatoria de Juicio, donde la Fiscalía emite dictamen acusatorio en contra del ciudadano Victor Alfonso Tigre Cueva, por considerarlo autor del delito de Femicidio que tipifica y sanciona el Art. 141 del Código Orgánico Integral Penal.”

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, para ejercer jurisdicción a nivel nacional, de conformidad con el artículo 182, último inciso, de la Constitución de la República del Ecuador y 172 del Código Orgánico de la Función Judicial.

3.2 La Sala Especializada 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 artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; así como los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013, que sustituyen a los artículos 183 y 186, de la misma ley; y, las resoluciones de la Corte Nacional de Justicia No. 01-2015 y 02-2015 de 25 de febrero de 2015.

3.3 El Tribunal está conformado por la doctora Daniella Camacho Herold, Conjuez Nacional en calidad de ponente, quien actúa en reemplazo del doctor Luis Enríquez Villacres, Juez Nacional, por licencia concedida al mismo; conforme se desprende del oficio signado con el No. 1298-SG-CNJ-MBZ, de fecha 18 de septiembre de 2015; por el doctor Oscar Enríquez Villareal, Conjuez Nacional, quien actúa en reemplazo del doctor Marco Maldonado Castro, Juez Nacional encargado, por licencia concedida al mismo de acuerdo al oficio signado con el No. 1297-SG-CNJ-MBZ, de fecha 18 de septiembre de 2015; y, por el doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional.

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 de inicio del proceso, que para el caso *in examine* son las contenidas en el Código Orgánico Integral Penal.

5.- VALIDEZ PROCESAL

El recurso de casación, ha sido tramitado en virtud de lo dispuesto en el artículo 656 y 657 del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con lo estipulado en el artículo 184 del Código Orgánico de la Función Judicial, al no haberse advertido causal que pueda nulitar o afectar al mismo; tanto mas que la integración del tribunal no ha recibido impugnación alguna, se declara su validez.

6.- FUNDAMENTACIÓN Y CONTESTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Acorde con lo dispuesto en el artículo 657 numerales 2 y 3 del Código Orgánico Integral Penal de Procedimiento Penal, se llevó a cabo la audiencia oral, pública y contradictoria, en la que los sujetos procesales expresaron:

6.1 Fundamentación del recurrente, Víctor Alfonso Tigre Cueva, por parte de su abogado defensor, doctor Jorge Huilcapi Velarde.

“Se procesa o se sentencia al señor Víctor Alfonso Tigre Cueva por el delito de femicidio atribuyéndole la responsabilidad penal conforme lo instituido en el artículo 141 del COIP y agravantes, señores jueces mi defendido fue casado con Priscila Viviana Núñez Barona, vivían como cónyuges en la ciudad de Ambato procrearon un hijo que a la fecha tiene cuatro años y a efecto de ir directamente a las observaciones o imputaciones que las realizo vía recurso de casación y a efectos de fundamentar el mecanismo impugnatorio en referencia indico a la sala los siguientes hechos; la sala de la Corte Provincial de lo penal del Oro con asiento en Machala señores jueces condena a mi defendido, no obstante que confirma la sentencia de primera instancia, condena a mi defendido a la privación de la libertad por el tiempo de 34 años 8 meses mientras que el tribunal de origen condenó a 34 años de privación de la libertad no obstante lo cual, la Corte Provincial confirma la demanda pero incurre en un yerro al añadir 8 meses de prisión lo cual comporta vulneración de los principios de congruencia y coherencia; sostengo señores jueces en mi escrito de interposición de recurso de casación que la sala en la sentencia tantas veces aludida, que se encuentra constituida de 8 considerandos, sostengo que existe violación del artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal atribuyéndolo como cargo la indebida aplicación de dicha norma, en efecto esta sala ha admitido dicha imputación y por esa razón voy en esta diligencia argumentar él por qué de la indebida aplicación, señores jueces en función del principio de la oralidad pido a su autoridad se me permita dar lectura al texto del artículo 141 del

COIP dice: "femicidio.- La persona que, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años." Señores jueces del texto que acabo de leer se infiere que uno de los elementos objetivos básicos comporta la existencia de relación de poder, penosamente la ley no define lo que es este fenómeno jurídico de la relación de poder pero la doctrina si lo hace de ahí que traigo a colación señores jueces el criterio doctrinario del doctor Fernando Yávar Núñez quien al comentar respecto de la institución del femicidio dice lo siguiente: "el femicidio.- proviene del femi=mujer y de cidio=muerte; cuando el asambleísta nos refiere relaciones de poder debemos intuir que todas aquellas parejas hombre-mujer que se encuentran unidas posiblemente por el desbalance de sus decisiones al interior del hogar o de la convivencia hay conflictos que se van fortaleciendo negativamente en su contra, es decir el marido tiene el control del hogar, ora por su total o mayor contribución económica para los gastos de la casa, ora por que la somete permanentemente con violencia física y psicológica..." señores jueces ¿por qué? traigo a colación este criterio porque al hacer la relación de poder el elemento objetivo determinante para la existencia del homicidio es imprescindible desde el punto de la defensa referirse pormenorizadamente al mismo y el ¿por qué? en la especie no existe la relación de poder antes dicha, en razón de los siguientes hechos; se efectuó pericialmente y los peritos psiquiatras realizaron un informe de pericia médico psiquiátrica en el cadáver de la fallecida Viviana Núñez y la perito Palacios González María del Carmen en su informe que consta de fojas 563 a 567, informe que fue ratificado en la audiencia de juzgamiento e incluso fue reconocido firma y rubrica y aportado como parte de prueba de fiscalía en sus conclusiones dice lo siguiente: "...se encuentra que se trata de una persona de temperamento fuerte, dominante que llevaba las riendas de la relación y era la que sustentaba emocional y económicamente..." si una perito desde el ámbito científico establece que la cónyuge con las características de personalidad referidas era la que llevaba las riendas del hogar y la que mantenía económicamente al mismo a la luz de la razón señores jueces resulta imposible sostener que haya existido dependencia, sumisión, maltrato permanente y odio por parte del marido hacia la mujer con este informe desvirtuó el elemento de relación de poder a que hace referencia el artículo 141 del COIP, señores jueces no es solamente dicho informe el que desvirtúa la existencia de relación de poder también lo hace otra de las peritos

que fueron designadas en la instrucción fiscal y que de igual forma (existe intervención por parte de la conjuez ponente para advertir al recurrente que está analizando prueba)...no estoy analizando pero estoy desvirtuando el elemento de relación de poder que es lo que imputo o atribuyo por haber sido vulnerado, al haberse aplicado el artículo 141 del COIP; en los mismos términos establece el otro informe pericial practicado en el proceso de la referencia, al que reitero por pedido suyo me abstendré de hacer mayor argumentación señora jueza, pero es más señores jueces ninguna, no existe una sola evidencia o prueba que acredite la existencia del maltrato frecuente, constante, habitual o el sometimiento por parte del cónyuge hacia la cónyuge no existe una sola señores jueces todo lo contrario las pruebas practicadas en la audiencia de juicio dan cuenta de que la relación fue absolutamente armónica que existía un amor profundo dicho por el mismo padre o acusador particular que no acudido, valga decir a esta diligencia, no encontrándose señores jueces el elemento varias veces aludido de la relación de poder no podemos hablar y peor aplicar el artículo 141 para efectos de sancionar la figura de femicidio como lo hace la sala, con esta argumentación pruebo señores jueces o demuestro en esta audiencia la indebida aplicación de la norma en referencia. En mi escrito de interposición también alego violación de los artículos 35 y 36 inciso primero del COIP y sí se admitió esta vulneración en el auto de admisión señora jueza, en esa razón me permito fundamentar la vulneración en referencia bajo la siguiente motivación (el recurrente pide autorización para dar lectura de las normas) dice: "artículo 35 causas de inculpabilidad.- no existe responsabilidad penal en el caso de trastorno mental debidamente comprobado."; "artículo 36 trastorno mental.- La persona que al momento de cometer la infracción no tiene la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de conformidad con esta comprensión, en razón del padecimiento de un trastorno mental, no será penalmente responsable. En estos casos la o el juzgador dictará una medida de seguridad..." señores jueces se practicaron dos exámenes psiquiátricos a través de peritos debidamente acreditados por el consejo de la judicatura como el caso de la doctora Villacreces y de la doctora Palacios ambas peritas y en particular y muy especialmente la doctora Villacreces Vinueza en su informe dice que mi defendido adolecía de un trastorno mental al momento de los hechos señores jueces y este hecho fue ratificado en la audiencia de juzgamiento, naturalmente reconoció igual su informe y curiosamente siendo prueba de fiscalía, señores jueces la perito en referencia no solo sostuvo desde su órbita científica la existencia del trastorno mental,

en su declaración fue más allá, argumento, sostuvo que mi defendido actuó sin voluntad y conciencia en los hechos que lo atribuyeron para el efecto permítame en dos líneas dar extracto de la argumentación que dice lo siguiente: "... en las conclusiones establecidas dentro del informe refiere un trastorno mental transitorio que consiste que el individuo en un momento de frustración o estrés extremo puede producirse como un corto circuito, quiere decir que existe como un aplastamiento de lo que es la conciencia y la voluntad y el juicio; se presenta en algunos individuos que tienen problemas orgánicos como la epilepsia, consumos de sustancias, enfermedades, traumatismos pero hay en otros casos por rasgos de personalidad o carácter que no son tan normales que es en el caso de los histriónicos producirse por un estímulo muy fuerte..." señores jueces se pudo determinar que el señor no tenía ninguna enfermedad mental, tiene rasgos de tipo histriónico que es un factor para que el trastorno mental transitorio se haya producido pero que el estrés mayor, el señor Víctor es el único que sabe, este hecho señores jueces y me he permitido dar lectura no solo por el hecho sino por el tecnicismo que conforma el informe sino fundamentalmente quiero acreditar que existió trastorno mental como el elemento determinante para efectos de no ser responsable en los términos que establece el artículo 36 del COIP en la misma forma señores jueces la otra señora perito hace el mismo análisis y llega a una conclusión semejante, si el artículo 36 que me autorizaron dar lectura establece que en razón del padecimiento de un trastorno mental no será penalmente responsable significa entender entonces que mi defendido no tiene responsabilidad en los hechos atribuidos porque estuvo en un estado de trastorno mental probado a través de dos pericias, reitero, de forma científica señores jueces bajo la argumentación precedente y a efectos de traducir mi pretensión pido con todo respeto se sirvan casar la sentencia recurrida y declarar la inexistencia de responsabilidad penal en los términos referidos del artículo 36 del COIP conforme dejo establecido en esta audiencia."

6.2 Contestación por parte de la delegada de la Fiscalía General del Estado, doctora Paulina Garcés quien manifiesta:

"Hemos escuchado esta larga, circular, repetitiva alegación que ha formulado el señor abogado que ciertamente evidencia dos cosas; primero, han sido alegaciones propias de instancia por una parte y por otra parte es evidente el pedido que les hace a ustedes de nueva valoración probatoria allí se centra todo este recurso, en la petición de nueva

valoración probatoria y al respecto quiero señalar que el inciso segundo del artículo 656 del COIP establece que no son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de valoración de la prueba y aquí se les pide justamente esos dos temas la revisión de hechos y la revalorización de prueba si es vedado para ustedes esta posibilidad porque los hechos y las condiciones fácticas probatorias son inamovibles en este recurso que es extraordinario, formal, taxativo que tiene que explicar y demostrar cuál es el error de derecho, aquí los ataques, la impugnación tiene dos temas primero que se le ha procesado por femicidio y que se aplica el artículo 141 del COIP con agravantes porque el señor Tigre asesinó a su cónyuge y que existe primero un yerro al añadir los 8 meses que considera el señor abogado no son adecuados, no dijo que violaba, solamente indicó que no le parecía, no estaba bien sin embargo hay que señalar que lo está haciendo el tribunal de apelación en este caso la sala de la Corte Provincial del Oro que es la sentencia única sobre la cual puede proceder la impugnación en este caso, lo que hace es adecuar la conducta al quantum de la pena establecido en el COIP en los artículos 141 y 142 de ese cuerpo legal, luego además señalemos que existe y se cumple el principio de los instrumentos internacionales del doble conforme de condena por el delito de femicidio, en este caso tanto el Tribunal de Garantías Penales cuanto la Corte Provincial del Oro han considerado que existen fundamentos suficientes sobre la existencia de la infracción y sobre la culpabilidad penal de Alfonso Tigre Cueva, luego señala que existe una indebida aplicación del artículo 141 del COIP porque considera que no se han cumplido los elementos objetivos del tipo penal sobre todo señala que no se ha justificado uno de los elementos objetivos como es la existencia de relaciones de poder y para eso nos da lectura para fundamentar esta alegación, nos lee señalando un libro que de acuerdo a la doctrina las relaciones de poder solamente se dan cuando el marido tiene un nivel de control del hogar y que la somete con violencia física o psicológica caso contrario no y realmente esta es una conceptualización tremendamente corta, tremendamente pequeña frente a lo que significa las relaciones de poder, estas no están sujetas exclusivamente a la persona que sostiene el hogar, porque ese es uno de los temas más importantes que el señor abogado ha recalcado, que ella es quién sostenía el hogar materialmente; pero también existen y lo que no se dice, es que sí está demostrado que existen actos de violencia anterior a estos, señalados por el propio encausado, fíjense, que el mismo ante una de las peritos, y lamento mucho referirme a la prueba, pero son temas probatorios

que aquí se han hablado, señala la perito que se ha dado una serie de rupturas, que ha habido una serie de conflictos y a pesar de tener discusiones ellos han mantenido una relación, pero se da una fractura cuando ella ya le hace conocer que no quiere permanecer con él, y no quiere permanecer con él porque ha habido estos temas de violencia que incluso los, las testigos, amigos, compañeros de la universidad de la hoy occisa refieren que incluso llegaban a la casa y encontraban que las fotos de ellos, de los hijos todo estaba quemado por parte de Tigre Cueva; pregunto yo y les pregunto a ustedes ¿no es eso acaso ejercer una relación de poder sobre otra persona? pero por supuesto señores, la violencia psicológica, la violencia física es la que genera no quien mantiene el hogar, más bien fíjense ustedes como es la contradicción de Tigre que pese a que es ella quien lo mantiene, él tiene una vida en realidad porque es ella quien lo levanta, él es un taxista, ella es una mujer cuyos padres tienen dinero, pese a eso más bien y de acuerdo a lo que dice una de las psiquiatras que realmente él es una persona histriónica, es una persona que quiere llamar la atención, que necesita, además es muy narcisista y todos esos elementos son en realidad los que generan en él esta crisis de violencia sobre todo con la persona que le está manteniendo, pero además hay otros temas que creo que hay que señalar, las relaciones de poder, vuelvo a repetir no son así de simples como ha leído no, no es eso, en realidad todavía en el país recién estamos iniciándonos en la aplicación de este tipo penal y por eso aún nos resulta difícil entender que es esta relación de poder, pero la relación de poder, esta relación en la que por ejemplo el pedía y quería que ella regresara nuevamente al hogar, hay que señalar que al momento de la muerte estaban separados habían pasado ya cinco meses de esta separación y ella se separa por esto, incluso le indica y le advierte a él, que ella ya va a buscar otra pareja, pero él que es lo que hace, le exige volver con él, miren ustedes cuando nosotros revisamos el artículo 142 y hablamos de las circunstancias agravantes del femicidio señalamos que entre las agravantes que genera la imposición de un máximo de la pena está en el punto uno pretendiendo restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima y en este caso obviamente él trató en este viaje restablecer esa relación que no pudo darse desgraciadamente y terminó en este hecho violento, que era una consecuencia lógica de quien ejerce esta relación de poder sobre la víctima, por lo tanto esta argumentación tan poco sólida, creo que no tiene relación tanto más que aquí se señala lo que los peritos psiquiatras determinaron y que fue ratificado en audiencia de juzgamiento y no se dice toda la verdad porque se señaló que no había

maltrato, cuando sí había una historia de maltrato entre ellos y eso es la causa de separación señores y los padres ni siquiera sabían, los padres se enteran y así lo refiere el pobre padre al rendir su testimonio cuando ocurre este hecho violento, ahí se enteran, toda la gente le cuenta, todos los amigos, que lo que pasa es que ella se separó porque este hombre era sumamente violento con ella, entonces más bien se cumple el primer elemento objetivo del tipo, peor además, se cumple fíjense ustedes, una circunstancia agravante y eso es suficiente para poner el máximo de la pena, pero además existe, la segunda agravante señala que en el femicidio además se agravará y se impondrá el máximo de la pena cuando exista o haya existido entre el sujeto activo y la víctima relaciones familiares conyugales, de convivencia, que también es uno de los elementos que se ha determinado el propio señor abogado aquí lo ha referido, ellos estaban casados, habían relaciones todavía conyugales y él pretendía volver a restablecer esa situación, lo que no se dio, esa es la segunda circunstancia agravante en este caso y por la que no hay indebida aplicación del artículo 141 y luego dice que la siguiente agravante es la cuarta que el cuerpo de la víctima sea expuesto o arrojado en un lugar público, hay que notar en este caso que ellos estaban en un hotel y es ahí donde se cometió el hecho delictivo y dice entonces el señor abogado para sustentar su segunda alegación que es el tema de los artículos 35 y 36, esto es que él no comprendía la ilicitud de su conducta y que por lo tanto esta es una eximente de responsabilidad penal, que no lo es, que él luego de cometer el hecho delictivo abandona el hotel a las cinco de la mañana antes de ser visto; segundo, cuando esta persona sale se lleva el vehículo de su suegro, ese es el vehículo que se lleva porque él tenía las llaves de ese carro, lo cual evidencia entonces que no es que estaba en un trastorno psiquiátrico o mental, no; tercero, él huye del lugar y es perseguido por la policía a través del celular que él utiliza que logran determinar el paso por una de las torres y logran saber por dónde más o menos está el vehículo, llega la policía -el GOE- lo mira y dice, sí, ya lo tenemos en vista de esta persona y él huye por un camino vecinal; ¿una persona con trastorno mental, cómo creen ustedes que haría eso? él tiene tiempo para huir por un camino vecinal y lo persigue la policía; y, precisamente se clava un cuchillo en el abdomen para evitar justamente ser sancionado por este hecho, pero además de acuerdo a la norma establecido en los artículos 35 y 36 tiene que establecerse claramente que esta persona al momento de cometer la infracción no tiene la capacidad de comprender la ilicitud de la conducta o de determinarse de conformidad con esa comprensión en razón de un

padecimiento de trastorno mental; vuelvo a preguntar, miren lo que dice la psiquiatra, la psiquiatra dice que lo que él indica cuando despertó, no recuerda lo que paso con claridad, sentía un miedo que lo paralizaba y ambas concluyen que lo que tiene es una laguna mental, eso es todo, es una dificultad para recordar las cosas, que además no es una dificultad que asoma ese día, en ese momento él ya viene teniendo esa dificultad por recordar cosas desde hace algún tiempo atrás como señala la propia psiquiatra; ambas consideran que él estaba plenamente consciente y claro de que es lo que hizo y por lo tanto esa es la razón por la cual el juzgador de primer nivel y segundo nivel a quienes ya se planteó esta misma teoría, que ya fue conocida y resuelta por corte de apelación, señala finamente en su análisis la Corte que no puede en realidad aplicarse esta figura de trastorno mental porque ninguna de las dos peritos puede señalar en verdad que él haya estado en ese momento con trastorno mental porque tuvo conductas posteriores inmediatas que indican que no fue así, por esta razón señora jueza y señores jueces, la Fiscalía considera que siendo esto solo una pretensión de nueva valoración probatoria, que no ha habido ningún aporte jurídico que demuestre cual es el yerro del juez al aplicar la norma, sino que se ha hecho solo un análisis de los peritos y de los testimonios, se deseche el recurso porque no ha habido una fundamentación adecuada.”

6.3 Réplica del Dr. Jorge Huilcapi Velarde, abogado del procesado Víctor Alfonso Tigre Cueva.

Señora jueza Fiscalía afirma que en la sentencia la Corte, en calidad de agravante aplicó lo previsto 142 del COIP, esta afirmación es absolutamente falsa señora jueza porque lo que aplica la Sala es el artículo 141 con los agravantes no constitutivos del tipo penal, previstos en los artículo 47 y 7 del COIP este hecho, y debo agradecer a Fiscalía, por traer a colación este hecho es otro de las aplicaciones indebidas del artículo 141 como agravantes, visto que el femicidio contiene agravantes constantes expresamente en el artículo 142 en sus cuatro numerales si es que la sala, señores jueces, que emite la resolución objetada hubiese aplicado el artículo 142 en cualesquiera numerales el máximo de la pena por el delito de femicidio era de 6 años a 26 años, pero no a 34 años 8 meses como se inventa la Sala al atribuir agravantes que nada tienen que ver con el delito de femicidio sino con otro tipo de infracciones, reitero constantes al artículo al que refiere la sentencia, es que aquí tratando de desvalorizar mi intervención

se dice que he recurrido a la valoración, o que estoy pidiendo la valoración de la prueba, no estoy haciendo eso señores jueces sin embargo de ello en la misma mecánica, método y forma que la señora fiscal que con todo respeto, lo que ha hecho es referirse ella sí a los medios probatorios no diciendo la verdad que consta en el proceso señores jueces, bajo estas consideraciones reitero mi pedido pendiente que se sirvan casar mi sentencia conforme mi pretensión inicial.

6.4 La doctora Paulina Garcés, representante de la Fiscalía General del Estado, no hace uso a la contrarréplica.

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

Sobre la naturaleza del recurso de casación:

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

7.2. Un Estado Constitucional de derechos y justicia es aquel en el 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...”. Sentencia de la Corte Constitucional No. 007-09-SEP-CC, caso 0050-08-EP, publicada en el Registro Oficial suplemento 602 de 01 de junio de 2009.

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

7.4. Sobre la seguridad jurídica la Corte Constitucional ha dicho “...la seguridad jurídica es la garantía constitucional dada a los ciudadanos y ciudadanas por el estado, de que sus derechos no serán violados; si esto ocurriera, se los protegerá. Es la convicción, la seguridad que tiene el ciudadano y ciudadana de que su situación jurídica no será, de ninguna manera cambiada más que por procedimientos establecidos previamente. Esto quiere decir estar seguros de algo y libre de cuidados...” sentencia N. 008-09SEP-CC, caso: 0103-09-EP, publicada en el registro Oficial Suplemento 602 de 1 de junio de 2009.

7.5. Sobre la motivación la Corte Constitucional para el periodo de transición ha expuesto 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...” 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 dicho que “La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve, y que nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión...” Sentencia 069-10-SEP-CC, caso 0005-10-EP, publicada en el suplemento del Registro Oficial 372, de 27 de enero de 2011. La motivación es un elemento intelectual de contenido crítico, valorativo y lógico que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya sus decisiones a fin de garantizar los derechos de seguridad jurídica, publicidad, defensa en juicio y transparencia.

7.6. Las causales de la casación están determinadas en la ley y pueden resumirse en errores in procedendo o in judicando que al violar la ley trasgreden derechos fundamentales de las partes, según el Código Orgánico Integral Penal en lo aplicable a la casación es un recurso extraordinario que busca dejar sin efecto una sentencia judicial 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, a su vez prohíbe de manera expresa la nueva valoración de la prueba y las solicitudes de revisión de los hechos del caso concreto.

7.7. En su naturaleza jurídica el recurso de casación se caracteriza por su tecnicismo. Su función principal es lograr la certeza jurídica, fijar la jurisprudencia y garantizar los derechos de protección, enmendando los agravios inferidos a las partes.

7.8. La doctrina enseña que “la casación contemporánea es un recurso extraordinario para la interdicción de la arbitrariedad tanto en lo que afecta al control de la observancia de los derechos fundamentales como para la unificación de la jurisprudencia” Andrea Martínez, citada por César San Martín en “Derecho Procesal Penal” (T. II).

7.9.- Con respecto al delito de femicidio.

En el capítulo II de los Delitos Contra los Derechos de Libertad, Sección Primera de los Delitos contra la Inviolabilidad de la Vida del Código Orgánico Integral Penal, se establecen los delitos cuyo fin es proteger la integridad humana, en toda su extensión, esto es, desde la gestación en el seno materno hasta la muerte, dicha protección se realiza mediante normas jurídicas independientes, con bienes jurídicos autónomos de ahí las denominaciones que adoptan las diferentes conductas atentatorias a la vida humana. Generalmente, la muerte causada a una persona por otra se denomina homicidio, al cual los tratadistas le han dado varias denominaciones, originadas por los medios de su ejecución o por la condición del homicida respecto de la víctima (Victima-Victimario), así tenemos el asesinato. Sin embargo en el caso que nos ocupa se lo denomina como femicidio, el mismo que consiste en dar muerte a una mujer, por el hecho de serlo, aprovechando que el victimario mantiene una relación de poder con la víctima. Hay que reiterar, que el agravante en el presente caso, consiste en haber pretendido restablecer su relación de pareja con la víctima. Circunstancia, que según

parte de la doctrina, se basa en la mayor culpabilidad del autor debido a la profunda y estrecha relación afectiva, aspectos que doctrinalmente se encuentran discutidos, pero que sin embargo ilustran para tratar el presente caso. Ahora bien, en el delito de femicidio las huellas de tortura y maltrato se ven reflejadas en las mujeres, y generalmente siempre existe una agresión de carácter sexual (que no siempre será necesaria para la concurrencia de este delito); mientras que en los asesinatos, las huellas de violencia –sin discrimen del sujeto pasivo que las sufre- configuran el delito como tal, es decir, el sujeto pasivo de las huellas de violencia marcan la distinción típica y hacen alusión a las circunstancias constitutivas de la infracción. Es fundamental, tener claramente precisadas las diferencias entre uno y otro pues es así como se logrará que la norma penal y la sanción impuesta para este nuevo tipo penal sean aplicadas a los casos concretos y configurados como tal.

El femicidio, constituye en nuestro país, un tipo penal nuevo, en construcción, que aun sin ser comprendido en su totalidad, logra con su tipificación, generar conciencia social respecto a la protección de derechos. Al respecto, es menester puntualizar que esta novísima figura penal incorporada a nuestro catálogo punitivo, merece una introducción detallada y minuciosa habida cuenta de que la jurisprudencia en el país aún no se ha desarrollado en su plenitud, precisamente por lo reciente de su incorporación. Su tipificación -entonces- tiene como fin último la prevención de futuros delitos y como fin mediato, actuar sobre la comunidad jurídica amenazándola con la ejecución de un castigo diferenciado en su drasticidad de otros delitos contra la vida.

En general, al analizar los actos de violencia respecto de las relaciones de poder en el femicidio, la estructura social a la que se hace enfoque es a la de un patriarcado, orientación que para los efectos de la calificación típica penal no tiene objeto de ser, por cuanto esas relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia -en apego a la estructura típica- pueden provenir de cualquier persona, haciéndose manifiesto que el sujeto activo puede ser tanto hombre como mujer, ya que no nos encontramos ante un tipo penal con sujeto cualificado. El requisito conductual de la norma parte del supuesto de una relación de poder que no se refiere a la calidad biológica de preponderancia del hombre sobre la mujer, sino más bien, conforme el texto literal de la norma, el supuesto refiere a una persona que en una posición superior puede explotar y subyugar a otra, con

la capacidad de dominio y explotación sobre el sujeto pasivo. Mal se haría al concebir al femicidio como la permutación de una relación de género a una relación de poder, donde esta última refiere a la masculinidad como activa-agresiva y a la feminidad como receptiva-pasiva. La presente figura, en el campo doctrinal, se constituye en un tipo agravado de homicidio o asesinato, especial impropio, cualificado por el género del sujeto pasivo y con calificación típica autónoma.

La perfección típica exige la concurrencia de las siguientes condiciones: a) que el autor sea una persona con una relación de poder sobre el sujeto pasivo; b) que la víctima sea una mujer; c) que el agresor haya perpetrado los actos de violencia contra la víctima por el hecho de ser mujer; y, d) que el acto típico se haya perpetrado por el uso y beneficio de la relación de poder, en el que la conducta criminal, tras doblegar y someter a la víctima, cause su muerte. En suma, el femicidio posee un desvalor añadido, la dirección de la conducta al sujeto pasivo mujer dota a la acción de violencia -siendo el medio de causar la muerte- de una antijuridicidad distinta que la que su acto objetivamente expresa, por cuanto se ha actuado contra el sujeto pasivo por su condición de género.

La tipicidad es la descripción conceptual de diferentes conductas humanas que son prohibidas por la ley. Esta descripción, compone la estructura del tipo penal en la que deben analizarse sus elementos constitutivos. El artículo 25 del COIP, dice que los tipos penales (tipicidad) *“describen los elementos de las conductas penalmente relevantes”*. El tipo penal está compuesto de dos elementos: objetivo y subjetivo. El elemento objetivo abarca el lado externo de la conducta, y está integrado por un elemento normativo, sujeto activo, sujeto pasivo, bien jurídico lesionado y nexo causal entre acción y resultado. El elemento subjetivo pertenece a la parte psíquica del sujeto activo que realiza la acción, o de un tercero, y está conformado por el dolo y la culpa. Estos elementos presuponen la existencia de un presupuesto legal, que va a estar sujeto a una valoración.

Los elementos constitutivos del delito según Francisco Muñoz Conde, en su obra “Derecho Penal”, parte General, son: “...el concepto de delito responde a una doble perspectiva que, por un lado, se presenta a) como un juicio de desvalor que recae sobre la conducta; y, por otro lado b) como un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de

ese hecho. Al primer juicio de desvalor se le llama ilicitud o antijuricidad. Al segundo, culpabilidad o responsabilidad...” (pág. 200 y 201). Entonces, los elementos específicos del delito son: **TIPICIDAD:** Es la adecuación de un hecho cometido a la figura descrita por la ley como delito. **ANTI JURICIDAD:** Es el acto voluntario típico que contraviene el presupuesto de la norma penal, lesionando o poniendo en peligro bienes jurídicos protegidos por el Derecho. La antijuricidad es un juicio impersonal objetivo cuyo presupuesto es el tipo penal, sobre el cual se contrasta el hecho y el ordenamiento jurídico. El Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 29, señala: *“Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código.”* **CULPABILIDAD:** Es la situación en que se encuentra una persona imputable y responsable, que pudiendo haberse conducido de manera distinta a como lo hizo, no lo hizo y por tanto resulta merecedor de una pena. La culpabilidad tiene dos formas: el dolo y la culpa. Ambas tienen por fundamento la voluntad del sujeto activo. Sin intención o sin negligencia no hay culpabilidad, y sin ésta, no hay delito, por ser la culpabilidad elemento del mismo. **IMPUTABILIDAD:** Es la capacidad psíquica de la persona para comprender la antijuridicidad de su conducta, y pese a esa comprensión, no adecuar su actuar a la misma.

En la parte objetiva del tipo, al referirnos a los sujetos de la infracción, tenemos: **a) Sujeto activo:** Se entiende por sujeto activo a la persona que incurre en la conducta típica, quien comete el delito. El artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal, COIP, determina el sujeto activo del femicidio como: “La persona que, como resultado de las relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia”. La expresión: “la persona que” deja claro que el sujeto activo del delito de femicidio es un sujeto indeterminado y no calificado, pero su acción debe ser el resultado de las relaciones de poder. La norma se refiere al sujeto activo sin definir, por tanto, podría incurrir en el delito de femicidio cualquier persona sin importar su género, un varón o una mujer, a esto la doctrina califica como sujeto indeterminado. La indeterminación genérica del sujeto activo no impide, ni aun restringe, que una mujer pueda cometer el acto típico, antijurídico y doloso. El esquema trazado por la doctrina feminista señala que en el marco de la violencia contra las mujeres, históricamente solo los varones se han encontrado en posición de ventaja y superioridad; por tanto, el sujeto activo de estos

delitos ha de ser un varón. Interpretación que de aceptarse resultaría extensiva respecto al texto de la norma del artículo 141 del COIP respecto al sujeto activo, debido a que un sujeto activo genérico impediría que el tipo penal de femicidio alcance el objetivo esperado; así como, supondría un atentado al principio de culpabilidad (por presunción de culpabilidad o de mayor culpabilidad) respecto a la mera condición de hombre en estos delitos. Interpretación que constituiría un ejemplo de Derecho Penal de autor contrario al Derecho penal del acto, puesto que la sanción se fundaría no en la sola realización de una conducta típica, sino también en la cualificación de la persona que incurra en ella. Por tanto, en nuestro país el sujeto activo de la infracción dentro de un femicidio puede ser cualquier persona, no encontrándonos ante un tipo penal con sujeto cualificado. El sujeto activo indeterminado del delito de femicidio tipificado en Ecuador, garantiza de mejor manera la presunción de inocencia del posible sospechoso o sospechosa y deja abierta la posibilidad de que este delito sea cometido por un varón o una mujer, lo que no riñe con la normativa internacional ni con el concepto de femicidio; **b) Sujeto pasivo:** Se entiende por sujeto pasivo a la persona sobre la cual recae la acción delictiva o sus consecuencias. El artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal, COIP, determina el sujeto pasivo así: *“una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género”*. En el delito de femicidio, en virtud de su contenido, finalidad y objetivo, se infiere que la única exigencia para que exista como delito es que se cometa en contra de mujeres o por la condición de género de la personas, por tanto, el sujeto pasivo de las acciones típicas siempre será una mujer, aunque, del contenido del texto normativo analizado, al hablarse de la “condición de género”, se debe hacer mención a que por género se entiende el sexo socialmente definido, es decir que género no es sinónimo de sexo; en cuanto el sexo es biológico, mientras que el género está construido histórica, cultural y socialmente, inclusive por una valoración subjetiva, permitiendo incluir entre las posibles víctimas, no solo a las mujeres consideradas desde su condición biológica, sino también a las mujeres que por su condición de género se identifican como tales. Considerar a una mujer por su condición de género permite incluir a otros colectivos discriminados, a quienes se les niega el reconocimiento de su identidad de mujer sobre bases biologicistas, como ocurre con personas transgénero, transexual o intersexual, quienes bien podrían ser considerados sujetos pasivos del delito de femicidio; y, **c) Conducta típica:** La conducta típica se refiere a la acción u omisión que realiza el sujeto activo y que constituye el núcleo del

delito. El artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal, COIP, prevé la conducta típica como dar “muerte”. Siendo la conducta prohibida del tipo penal femicidio las acciones de violencia que tienen como resultado la muerte de una mujer. Al encontrarnos ante un delito de acción y resultado, la acción dentro de este, consiste en matar a una mujer por su condición de serlo o por su género, esta acción implica medios violentos, generalmente la concurrencia de varias acciones: golpes, asfixia, ahorcamiento, agresión sexual, etc. resultando de la infracción la muerte efectiva de una mujer.

En la parte subjetiva del tipo penal, tenemos que el delito de femicidio es doloso, exige el conocimiento y la voluntad de realizar las circunstancias del tipo objetivo, es decir, atentar y lograr terminar con el bien jurídico vida, sabiendo y buscando que el sujeto pasivo se trate de una mujer. En suma, se trata de un ejercicio de acciones de violencia encaminadas a en contra de las mujeres por ser mujeres, o por su condición de género.

En el caso en estudio, los elementos específicos del delito se encuentran traducidos de la siguiente forma: **TIPICIDAD:** el delito de Femicidio, se encuentra tipificado en el artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal. El artículo 142 establece las circunstancias agravantes específicas del tipo. De las normas en mención, encontramos que en el caso específico, se ha configurado este elemento, dando cumplimiento al principio de legalidad establecido en la Constitución de la República en el Art. 76 numeral 3; **ANTI JURICIDAD:** La conducta del recurrente, conforme se desprende del detalle de los hechos, refiere a la presencia de una relación de poder traducida en el vínculo conyugal y la relación sentimental, con la manifestación de violencia física que produjo la muerte de su cónyuge, por su calidad de mujer. Violentando con ello la norma penal del artículo 141 del COIP, no encontrando amparo en las causas de justificación del artículo 30 del cuerpo legal *ut supra*. **CULPABILIDAD:** El Código Orgánico ibídem, en su artículo 34 señala: “*Culpabilidad.- Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.*” Los hechos procesales demuestran que el actuar fue doloso, esto es, la producción de un resultado típicamente antijurídico, con consciencia de que se ha quebrantado el deber de respeto a los derechos ajenos, con conocimiento de las circunstancias del hecho y con voluntad de realizar la acción, buscando el resultado de muerte obtenido. **IMPUTABILIDAD:** Conforme se

desprende de los hechos procesales, el sujeto de la infracción, al momento de cometer el ilícito penal, estaba en goce de todas sus facultades tanto físicas como mentales, siendo un sujeto capaz de actuar y decidir por sí mismo, gozando de conciencia y voluntad, en virtud de lo cual, resulta imputable y capaz. Para concluir con el análisis y la subsunción típica, encontramos en la conducta delictual en análisis que el objeto material sobre el que recae directamente la acción es la mujer viva, físicamente considerada, el bien jurídico protegido es la vida de la mujer como valor ideal. La antijuricidad, es decir la conducta del sujeto activo de la infracción, vulnera el bien jurídico vida de una mujer por el hecho de serlo.

A fin de explicar las relaciones de poder, Foucault afirma que el poder está en todas partes, en el espacio y en el tiempo, en toda relación humana atravesando contextos históricos específicos que se definen a través de discursos, instituciones (ejemplo: matrimonio, según el Código Civil), normas, valores con los que se construyen verdades que deben ser incorporadas a la sociedad. El poder se ejerce a partir de una multiplicidad de relaciones que no son igualitarias y a su vez son móviles y no son superestructurales... Son el soporte de la relación que le da la fuerza, que le permite circular, que lo redistribuye, de acuerdo con las acciones que los sujetos realiza, de cómo reaccionan y como se relacionan; es por tanto una acción intencional... (Piedra Guillen, Nancy; Relaciones de Poder: Leyendo a Foucault desde la perspectiva de género; Revista de Ciencias Sociales, Volumen IV, No. 106, 2004, p.p. 123-141, San José de Costa Rica)

Existe una aceptación por parte de los seres humanos, de los roles genéricos contruidos, los espacios en los que el ser humano desarrolla sus acciones y que están íntimamente vinculados deberían constituir su ser, su cuerpo, su vida dentro de la triple dimensión social y política a la que nos pertenecemos, esto es lo público, lo privado y lo íntimo. Por costumbre se ha asignado a las mujeres el manejo de lo privado y a los hombres de lo público, desvalorizando para ambos géneros lo íntimo.

Desde 1976 se toma como concepto de femicidio “El asesinato de mujeres realizado por hombres motivado por odio, desprecio, placer o un sentido de propiedad de las mujeres” (Caputi y Roussell, 1990, Femicidio en el Ecuador, Comisión de Transición hacia el Consejo de las mujeres y la Igualdad de Género, Primera Edición, Quito, enero

2011, p.p. 30). En el femicidio es imprescindible que la víctima sea mujer, pues está acompañado y motivado por el deseo de dominación o control sobre ella.

Tradicionalmente el femicidio se ha clasificado en tres variantes:

Femicidio familiar o íntimo: es el cometido por una persona con quien la víctima tenía o tiene alguna relación de afectividad, o de parentesco por consanguinidad; femicidio no íntimo: cometido por una persona con quien la víctima nunca mantuvo una relación de las antes referidas, pero si una laboral, académica o que implique confianza, subordinación o superioridad, que involucre el ataque sexual de la víctima; y, el femicidio por conexión: que hace referencia a las mujeres que fueron asesinadas en la “línea de fuego”, de una persona tratando de matar a otra mujer, quedando está en la acción femicida. (II Jornada Nacional de Defensa Integral de la Mujer, Memorias del Evento, Caracas 23 y 24 de septiembre de 2013, p.p. 114 y 115).

El femicidio nace de la necesidad de protección a la mujer, quien a través múltiples tratados internacionales como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, 1999); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belém do Pará, 1994), las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia a personas en condición de vulnerabilidad, la conferencia Mundial de la Mujer (Beijing, 1995), entre otras, generando de esta manera un argumento válido para que el Estado como tal y los legisladores generaran esta figura penal que cumple con necesidades básicas de protección contra quienes tradicionalmente han sido víctimas de violencia desmedida, que llevan a extremos tales como la muerte, producto de una relación de poder mantenida con su victimario/a.

Tanto el derecho a la vida como el derecho a la integridad personal, son de especial sensibilidad y forman parte del núcleo inderogable de derechos, esto es, que no existe ninguna razón para que los mismos sean suspendidos, ni aún en caso de guerra, peligro público u otra clase de amenazas, conforme así lo preceptúa el Art. 27.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El Derecho a la vida para la Convención Americana, es “...el presupuesto esencial para el ejercicio de los demás derechos.”. De tal forma que, el Estado debe cumplir un doble

papel, por un lado impedir y garantizar que cualquiera de sus agentes atente arbitrariamente contra la vida de las personas en su territorio (obligación negativa); y, por otro lado, la obligación de adoptar medidas de protección y preservación del derecho a la vida y a la integridad de toda persona, (obligación positiva).

8.- ANÁLISIS DEL CASO:

Habiendo realizado estas puntualizaciones observamos que existen tanto los elementos subjetivos como objetivos del tipo, además que es una acción típica, antijurídica y culpable, configurando de manera inequívoca el delito de femicidio, toda vez que el sujeto activo de la acción fue el cónyuge, mientras que el sujeto pasivo es la hoy occisa y cónyuge del procesado; y, tanto el Tribunal Primero de Garantías Penales de El Oro como la Sala Penal de la Corte Provincial de El Oro determinaron a través del caudal probatorio la materialidad de la infracción como la responsabilidad del procesado.

En el caso materia de casación nos referimos a femicidio íntimo, puesto que fue cometido por una persona con quien la víctima tuvo en el momento de los hechos una relación de carácter sentimental, formalizado con un vínculo matrimonial. La relación de poder se manifestó tras las agresiones evidenciables en la relación a través del tiempo, donde se exteriorizaba el sentido de pertenencia que el victimario pretendía respecto a la víctima por el hecho de tener la calidad de cónyuges, a tal punto que al verse rechazado, para la reanudación de la vida en pareja, procedió a terminar con la vida de la hoy occisa, y a su vez, exteriorizando la relación de poder con una manifestación de violencia físico-sexual al consumir el acceso carnal en la misma. El femicidio íntimo se deriva de la noción de correspondencia y vínculo que las personas se deben en la relación sentimental, en la cual, la relación de género otorga -por costumbre- un “poder” sobre una de las partes, profiriéndole a la otra una supuesta autoridad para emprender acciones que tiendan a evitar una separación de una vida de pareja o buscar la reanudación de la misma.

Posterior a las precitadas consideraciones, queda claro que para la configuración del recurso de casación, imperativamente se debe cumplir con el contenido normativo del artículo 656 del Código Orgánico General de Procesos: “...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”. Al caso concreto, el procesado, a través de su abogado defensor, alega la “...violación del artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal atribuyéndole como cargo la indebida aplicación de dicha norma...”, toda vez que supuestamente no se ha comprobado la relación de poder para la configuración del tipo penal de femicidio, sostiene también la violación de los Arts. 35 y 36 del COIP, por cuanto su defendido adolece de rasgos histriónicos y padece de trastornos mentales transitorios, tratando de sustentar ambas alegaciones refiriéndose a la prueba actuada dentro del proceso. Solicitó se declare la nulidad constitucional de la sentencia, por existir falta de motivación en la misma; y, por no poder demostrar la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado.

Por el tecnicismo y formalidad del recurso de Casación, esta Sala está impedida de realizar una nueva valoración del acervo probatorio, así como de los argumentos fácticos y procesales que han servido para que el juzgador, haciendo uso de su independencia y de la sana crítica, haya arribado a las conclusiones jurídicas que constan en el fallo impugnado. De lo expuesto, se determina que la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de El Oro realizó el respectivo análisis en la sentencia dictada el 15 de enero de 2016, las 15h24, demostrando que la conducta del procesado se encuentra incurso en el delito tipificado y sancionado por los Arts. 141 y 142 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal.

En la fundamentación del recurrente lejos de demostrar cómo y en qué sentido se configuró los yerros argüidos en la sentencia materia de impugnación, realizó alegaciones que nada tienen que ver con el proceder ante la interposición de este recurso de carácter extraordinario y eminentemente formal; lo que corresponde al impugnante, a través de su defensa técnica, es que al tenor de lo dispuesto en el artículo 657 del COIP, como lo dice el tratadista Luis Gustavo Moreno Rivera, identifique la violación de la norma legal en el fallo de última instancia, que evidencie la equivocación en la que incurrió el juzgador de manera inmediata al realizar el juicio de derecho, es decir aplicar la normatividad que corresponde a los hechos materia de juzgamiento (La Casación Penal, Teoría y Práctica Bajo la Nueva Orientación Constitucional, Ediciones Nueva Jurídica 2013, pág. 125). Más en la especie se remitió a alegar hechos relacionados a la

valoración de la prueba que en la sentencia recurrida fueron extensamente analizados, sin que sus alegaciones se encuadren en la norma que posibilita sustentar su recurso.

Esta Sala puede apreciar en relación a la sentencia de 15 de enero de 2016, que la Corte Provincial de El Oro, realiza un correcto análisis del delito de femicidio, aplicando la normativa nacional e internacional de la materia, existe el razonamiento sobre la incorporación del femicidio al catálogo de delitos de la legislación penal ecuatoriana, reconociendo la violencia de género como una vulneración a los derechos humanos. Al realizar el análisis de la prueba, la Corte Provincial considera a más de la circunstancia constitutiva del Art. 142.1 del COIP, la alevosía y el ensañamiento, circunstancias agravantes previstas en el Art. 47 numerales 1 y 7 ibídem, analizando la diferencia física y corporal de victimario y víctima y el acceso carnal cuando esta ya se encontraba sin vida.

De conformidad con el artículo 42 numeral 1, literal a) del COIP, Víctor Alfonso Tigre Cueva responde por autoría directa en el delito de femicidio, al configurarse el requisito sine qua non de que la víctima es mujer y es su cónyuge, por lo que se encuentra dentro de la categoría del femicidio íntimo.

Ante la alegación de la defensa del recurrente, respecto a la indebida aplicación del Art. 141 del COIP, así como la violación de los Arts. 35 y 36 ibídem, tenía la obligación de identificar cómo y en qué sentido se configuraron dichos vicios, lo cual no sucedió en la especie.

Señalamos en los antecedentes que la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, mediante sentencia de fecha 15 de enero de 2016, las 15h24, confirma en todas sus partes la sentencia subida en grado, ratificando la culpabilidad de Víctor Alfonso Tigre Cueva, condenándolo a de treinta y cuatro años ocho meses de pena privativa de libertad y al pago por concepto de daños y perjuicios.

El fallo fundamentó debidamente la conclusión de autoría y responsabilidad del recurrente, y lo hizo adecuado a la ley y la Constitución de la República.

9. RESOLUCIÓN.

En virtud de lo expuesto, por unanimidad, este tribunal al considerar que no se ha justificado los argumentos que tuvo el recurrente para interponer su recurso y no

demostrar la infracción a la norma legal; **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR LA AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA** declara improcedente el recurso de casación presentando por Víctor Alfonso Tigre Cueva. f) Dra. Daniella Camacho Herold, **CONJUEZA NACIONAL PONENTE** f) Dr. Oscar Enríquez Villareal, **CONJUEZ NACIONAL**; f) Dr. Jorge Blum Carcelén, **JUEZ NACIONAL**.- Certifico: f) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

CERTIFICO: Las trece (13) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito, 23 de noviembre del 2016


Dra. Ximena Quijano Salazar
SECRETARIA RELATORA



**CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR**

JUICIO No. 1326-2015
RESOLUCION No. 1255-2016
RECURSO: CASACION
PROCESADO: Julio César Farias Celi
DELITO: VIOLACION
AGRAVIADA: N.M.G.B.¹

Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Quito, 13 de julio de 2016, las 10h00.-

VISTOS:

PRIMERO.- Jurisdicción y competencia

El Pleno del Consejo de la Judicatura, de acuerdo con los artículos 182 de la Constitución de la República del Ecuador —CRE— y 173 del Código Orgánico de la Función Judicial —COFJ—, emitió la Resolución No. 08-2015, de 22 de enero de 2015, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 441, de 20 de febrero del mismo año, por medio de la cual aprobó la actual integración de la Corte Nacional de Justicia.

Mediante la Resolución No. 01-2015, de 28 de enero de 2015, publicada en el Registro Oficial No. 445, de 25 de febrero del presente año, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia integró sus seis Salas Especializadas, de conformidad con los mandatos establecidos en los artículos 182 de la CRE y 183 del COFJ. De igual forma, en el precitado Registro Oficial, se publicó la Resolución No. 02-2015, emitida el mismo día, en virtud de la cual el Pleno determinó las reglas de distribución de juicios a aplicarse por efecto de la renovación parcial de sus juezas y jueces.

En Resolución No. 060-2015, de 1 de abril de 2015, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 476, de 9 de abril del mismo año, el Consejo de la Judicatura asignó conjuezas y conjueces en las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, de acuerdo a lo previsto en los artículos 200 y 201, numerales 1 y 2, del COFJ.

¹ Con el propósito de evitar la exposición pública de la ofendida y que se perjudique en su desarrollo personal, social e integral, y de conformidad con el artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador; y, artículo 1, 52.3 y 53 del Código de la Niñez y Adolescencia, en adelante será identificada con las iniciales de sus nombres y apellidos.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en virtud de lo previsto en los artículos 184.1 de la CRE y 186.1 del COFJ, es competente, entre otras atribuciones, para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal.

Con fundamento en estas normas y en virtud del sorteo de ley, correspondió el conocimiento de esta causa, signada en la Corte Nacional de Justicia con el número 17721-2015-1326, al Tribunal integrado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional; y, los doctores Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional; y, Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional Ponente, quien actúa por ausencia definitiva del doctor Vicente Robalino Villafuerte, de conformidad con los artículos 174 y 201.1 del COFJ, 6 de la Resolución No. 02-2012 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 672, de 29 de marzo de 2012; y, oficio No. 463-SG-CNJ, de 8 de abril de 2016.

No se ha impugnado la competencia del Tribunal, ni la de quienes lo integramos. Al encontrarse la causa en estado de resolver, previamente para hacerlo se considera:

SEGUNDO.- Validez procesal

El recurso de casación ha sido tramitado conforme a las normas procesales previstas en los artículos 352 del Código de Procedimiento Penal -CPP-, vigente a la fecha de comisión de la infracción, y en aplicación de las garantías básicas que conforman el derecho al debido proceso, reconocidas en el artículo 76 de la CRE; por lo que, al no evidenciarse omisión de solemnidades sustanciales que vicien el procedimiento y que puedan incidir en el resultado final de esta causa, el proceso es válido y así se lo declara.

TERCERO.- Antecedentes procesales

El 9 de mayo de 2014, aproximadamente a las 14h00, en el Mercado Central de la ciudad de Santa Rosa, la niña N.M.G.B. se encontraba jugando con un niño, el que le puso el pie y ella se cayó, momento en el cual Julio César Farías Celi llevó a la niña al interior de su negocio, “Servicio Técnico Rayito de Luz”, puso unos cartones en el piso y procedió a violarla.

Por el conocimiento de estos hechos, luego de la investigación pertinente, una vez que se realizó la sustanciación del correspondiente proceso penal y luego de aportada la prueba respectiva en la audiencia de juzgamiento, el Tribunal Primero de Garantías Penales de El Oro, en sentencia de mayoría de 25 de marzo del 2015, las 17h38, ratificó el estado de inocencia de Julio César Farias Celi.

Frente a esta decisión, el Fiscal de la Unidad Especializada en Violencia Sexual e Intrafamiliar y Adolescentes Infractores del cantón Santa Rosa interpuso recurso de apelación. La Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, en sentencia de 17 de agosto de 2015, las 14h51, resolvió aceptar el recurso de apelación interpuesto por Fiscalía, revocar la sentencia absolutoria y declarar a Julio César Farías Celi como autor y responsable del delito de violación, previsto en el artículo 512.1 y .2 del Código Penal —CP—, y sancionado en el artículo 513 ibídem, por lo que le impuso la pena de veinte años de reclusión mayor especial y el pago de veinte mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica por concepto de reparación integral.

Inconforme con este pronunciamiento, Julio César Farías Celi interpuso recursos de casación, el que es motivo del presente análisis.

CUARTO.- Argumentos y fundamentación del recurso de casación

4.1. Argumentos del acusado recurrente, a través de su defensa técnica

En la audiencia el recurrente, por medio de su abogado defensor, expresó los siguientes argumentos:

4.1.1. En el inicio del proceso existió una violación a la ley, al haberse calificado al delito como flagrante, cuando no existió examen médico que establezca la materialidad de la infracción.

4.1.2. El Tribunal de Apelación realizó una interpretación extensiva, por cuanto el *a quo* estableció que no existe prueba plena que determine la existencia del delito, pero el *ad quem*, apartándose del informe del perito médico que compareció a la audiencia de juicio, estableció que se comprobó el delito de violación.

4.1.3. La sentencia cuestionada viola el artículo 2 del CPP, en razón de que no existe “una infracción declarada” (Sic.) porque el examen médico legal determinó la inexistencia del delito de violación.

4.1.4. La Corte de Apelaciones, en su sentencia, no consideró circunstancias atenuantes en favor del procesado como tampoco aplicó el principio de favorabilidad, en tanto se aplicó la norma regresiva.

4.1.5. La sentencia que es objeto del presente recurso incurrió en violación al artículo 85 y 87 del CPP, pues no se estableció la responsabilidad de su defendido; además, no existieron hechos probados, graves, precisos ni concordantes.

4.1.6. Al no encontrarse comprobada conforme a derecho la existencia de la infracción, se violó el artículo 88 del CPP.

4.1.7. Violación de los artículos 89, 91, 98.2, 143 y 252 del CPP y de los artículos 66.4, 75, 76.3 Y .4 de la CRE.

4.1.8. Finalmente, solicitó que se ratifique el fallo del Tribunal *a quo* y se confirme el estado de inocencia de su defendido.

4.2. Argumentos de la Fiscalía General del Estado, a través de su representante

La Fiscalía General del Estado, por medio de su delegado, doctor Raúl Garcés Llerena, manifestó lo siguiente:

4.2.1 El recurso de casación es un recurso extraordinario y limitado, que solo refiere a los errores de derecho, mas no a hechos ni a la valoración de la prueba como lo intentó la defensa técnica del recurrente.

4.2.2 El recurrente debió invocar las causales establecidas en el artículo 349 del CPP, es decir debió establecer si se violó la ley por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación de la ley o por errónea interpretación.

4.2.3 El perito médico legal estableció que existen desgarros anteriores por violaciones antiguas y no solamente con el órgano masculino sino también con los dedos vía anal, vaginal y bucal.

4.2.4 Sobre las violaciones de los artículos 85, 87 y 88 del CPP, estos se refieren a la prueba, lo cual no puede volverse a valorar en casación.

4.2.5 Respecto a la violación de los artículos 89, 91, 98.2, 143 y 152 del CPP y 66.4, 75 y 76.3 de la CRE, no se explicó cómo ni de qué forma fueron transgredidos.

4.2.6 En el considerando séptimo de la sentencia del *ad quem*, se encuentra plenamente comprobado conforme a derecho tanto la materialidad del delito como la

responsabilidad del procesado, sobretodo con el testimonio de la niña que, por el principio del interés superior del niño, tiene preeminencia.

4.2.7 La sentencia atacada se encuentra plenamente motivada conforme lo establece el artículo 304-A del CPP y 76.7, l) de la CRE; además, en el considerando octavo, se determinan las cuestiones de hecho y de derecho que se refieren a la materialidad del delito y a la responsabilidad penal.

4.2.8 Solicitó que se rechace el recurso de casación interpuesto por el procesado por falta de fundamentación.

4.3. Réplica por parte del procesado

El procesado, en ejercicio de su legítimo derecho a la réplica, insistió:

“Que se encuentra acusado de una supuesta violación, que jamás en su vida ha cometido; que la madre de la menor le acusó de haber abusado a su hija, porque la referida ciudadana quería estar con él y que él no quiso; que la madre de la menor ofendida le pidió dinero prestado, y que cuando procedió a cobrarle la señora se molestó diciéndole que ya vería lo que le iba a pasar. Acota que él se encontraba en su lugar de trabajo arreglando un reloj de la ciudadana de apellido Moncayo, cuando llegó la madre de la menor con el inspector y el guardia del mercado, diciendo que él le había violado a su hija. Insiste que él no ha cometido ningún delito, que su negocio está a la vista de todo el público, que la gente entra y sale a cada momento del mismo, que incluso las vitrinas son transparentes; indica que la madre de la menor ha actuado por venganza por haberle cobrado el dinero que él le prestó y porque no quiso nada con dicha señora.”

QUINTO.- Análisis del Tribunal de Casación

5.1. Naturaleza y fines del recurso de casación

5.1.1. El Estado ecuatoriano coloca a la persona en un lugar nuclear de la vida social, como titular de derechos y garantías. Al reconocer esa titularidad, especialmente sobre los derechos a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica, fortalece la configuración del sistema procesal como un medio para la realización de la justicia; y, al mismo tiempo, el acceso a ella a partir de principios constitucionales que garantizan la igualdad, la no discriminación, el estado de inocencia y el juicio previo.

En ese contexto, se instituye el debido proceso y, como uno de sus componentes, el derecho a recurrir de las decisiones judiciales. Precisamente, esa facultad, incluye la posibilidad de activar distintos mecanismos de impugnación, de carácter ordinario y extraordinario, a través de los cuales se busca evitar o enmendar el error judicial y resguardar la cohesión del ordenamiento jurídico.

Uno de los dispositivos de impugnación extraordinaria es la casación. Se trata de una alternativa jurídica que procede cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya sea por contravenir expresamente su texto, por indebida aplicación de su contenido o por interpretación errónea.

5.1.2. Su carácter de recurso extraordinario, entonces, se debe a que únicamente prospera ante la configuración de estrictos presupuestos establecidos por la ley, que pueden consistir en: por una parte, la infracción de la ley material o error *in iudicando* (juicio), en cuyo caso la casación cumple una función nomofiláctica y unificadora en la interpretación del ordenamiento jurídico; o, por otra parte, la transgresión de las normas y garantías procesales o error *in procedendo* (actividad), que generen una situación de indefensión, en cuyo escenario la casación actúa como un medio de control de la legalidad.

De ahí que se está frente a un recurso “(...) encaminado a enmendar las deficiencias que afectan al juicio de derecho contenido en la sentencia o resolución legalmente equiparable a ella, o a específicos requisitos procesales que condicionan la validez de esos actos decisorios”.² 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”.³

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,

² Lino Enrique Palacio, *Los recursos en el proceso penal* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001), 80.

³ Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo X (Guayaquil: Editorial Edino, 2007), 73.

ni sobre pedidos de nueva valoración de la prueba; como sostiene Roxin, “la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y solo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al derecho material o formal”.⁴

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.⁵

En la actualidad y en el escenario del Estado de derecho contemporáneo, marcado profundamente por el constitucionalismo, esto significa que la casación cumple un propósito vinculado, de manera directa, con el respeto de los derechos y garantías fundamentales.

En esa medida, su espectro de acción adquiere una mayor amplitud en los sistemas de administración de justicia penal, que, como en el caso del Ecuador, cumple sus fines a través del sistema acusatorio, ya que, en efecto, lo que legitima la interposición de una demanda de casación es la emisión de una sentencia penal de segunda instancia en la

⁴ Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*. Citado por Zavala, op. cit.

⁵ Humberto Fernández Vega, *El recurso extraordinario de casación penal* (Bogotá: Editorial Leyer, 2002), 34.

que se ha transgredido el principio de legalidad y, por tanto, se han vulnerado esos derechos o garantías.

5.1.4. En esa línea de pensamiento, corresponde a este Tribunal de Casación analizar la sentencia recurrida, a efecto de determinar si se encuentra o no inmersa en alguno de los presupuestos establecidos en el artículo 349 del CPP, es decir, arribar a una conclusión sobre si, en la especie, se ha incurrido en una violación de la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o, bien, por errónea interpretación, lo que implica garantizar la legalidad y la seguridad jurídica.

Así entonces, este Tribunal, en ejercicio de sus competencias, se limitará a verificar si la sentencia materia de este recurso extraordinario contiene errores de juicio o de actividad, pero no valorará la prueba, ni revisará los hechos o actuaciones judiciales que constituyan parte de las instancias previas, en razón de no encontrarse facultado para ello, en atención a la finalidad específica de este medio impugnatorio, que es determinar si en la sentencia se han incurrido en errores *in iudicando*.

5.2. Fundamentación del Tribunal de Casación sobre el recurso

5.2.1. El recurrente planteó el recurso de casación con fundamento en el artículo 349 del CPP; sin embargo, en la audiencia, no cumplió su obligación de formular el recurso en debida forma, ya que, no se explicó cómo se violó cada norma enunciada.

Al respecto, este Tribunal considera imprescindible señalar que, con relación a los aspectos técnicos que supone la interposición de un recurso de casación, la actividad que desempeña el recurrente es esencial, pues, no basta con que el medio de impugnación se active dentro del plazo previsto por la ley y con la simple invocación del interesado, sobre la base de supuestas violaciones a la ley contenidas en una sentencia de segunda instancia. Más aún, la fundamentación es un acto trascendental porque:

(...) constituye el único medio y oportunidad de sustentación del recurso extraordinario. Mediante ella se adelanta el debate en derecho (*in iure*), sobre la discutida legalidad del fallo, sin que otorgue la ley nueva oportunidad para adicionarla o corregirla.

Mediante la demanda el recurrente, al formular los cargos, delimita el espacio de la Corte de Casación trazándole la materia de pronunciamiento; ésta sólo puede, en principio, considerar los cargos que se formule al amparo de cada causal y no podrá analizar causales distintas a las señaladas por el recurrente; es éste como demandante quien determina la amplitud de la demanda sin importar que la sentencia pueda ser casable por una causal no propuesta. Sin embargo, tratándose de nulidades, deberá la Corte declararlas de oficio. Así mismo podrá casar la sentencia cuando sea ostensible que atenta contra las garantías fundamentales (...).⁶

5.2.2. Por otra parte, el recurrente manifestó, que en la sentencia impugnada, se violaron los artículos 2 del CPP y 76.3 de la CRE, los mismos que se refieren al principio de legalidad, garantía básica constitucional, de estricta aplicación jurisdiccional para la búsqueda de la justicia, que limita al poder del Estado, ya que subordina toda actividad estatal al universo de leyes emanadas del órgano político-representativo los cuales están obligados, al mismo tiempo, a respetar garantías fundamentales; es así, que el tratadista Eduardo M. Jauchen afirma que:

El principio de legalidad impone necesariamente que los tipos penales que elabora el legislador sean claros, expresos y concisos, en relación a la conducta que se le da relevancia penal como también respecto a la pena con la cual se la conmina, ya que ésta es precisamente una de las derivaciones más importantes del principio, pues a los fines de saber si una conducta humana está castigada como delictiva será menester que su descripción sea lo más determinada posible: Nullum crimen, nullam poena sine lege. Por lo tanto, la descripción de la conducta no podrá ser indeterminada, imprecisa, de conceptos vagos, oscuros, equívocos ni confusos. De aquí deriva el principio de máxima taxatividad: la criminalización de una conducta debe ser efectuada en forma taxativa y con la mayor precisión técnica posible[...].⁷

⁶ Op. cit., 37.

⁷ Eduardo M. Jauchen, *Derechos del Imputado* (Buenos Aires:Rubinzal-Culzoni Editores, 2007),95.

Por lo que, este presupuesto implica que se debe imponer una pena sancionando una conducta, exclusivamente cuando existe una norma penal que la castigue, es decir exige que los presupuestos de las penas estén establecidos previamente por un acto legislativo, que reside solamente en el legislador, dirigiéndose hacia el juez, mediante la norma. En consecuencia, este principio garantiza al gobernado que no será sancionado sin que esté delimitada una conducta penal, atada a una sanción (pena) dentro de una ley, garantizando que, las penas no pueden ser aplicadas de manera arbitraria.

En el caso *sub examine*, la defensa técnica del recurrente confunde preceptos jurídicos, en razón de que él, equivocadamente razona, que como no se encuentra comprobada la materialidad de la infracción, se vulnera el principio de legalidad, lo que resulta desatinado; en cuanto, el principio de legalidad, en verdad, como se estableció *ut supra*, se refiere a que para que se sancione un determinado delito, éste debe encontrarse tipificado como tal, por lo que, como se evidencia, el delito de violación, al momento de los hechos, se encontraba tipificado en la norma penal sustantiva ecuatoriana, es decir no constituye un acto que no se estimaba delictivo, como tampoco el *ad quem* impuso una sanción mayor a la permitida en el artículo 513 del CP, por lo tanto se rechaza este argumento planteado por el casacionista en la audiencia.

5.2.3. En lo que respecta a la violación del artículo 252 del CPP, sobre la responsabilidad del procesado, este recurso extraordinario no está destinado a observar el procedimiento, sino la sentencia y corregir, si fuere del caso, errores de derecho que contenga la misma.

El artículo 252 del CPP, determina:

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

Ahora bien, en la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, al referirse a este presupuesto, se formula la siguiente reflexión:

[...] esto implica que el actuar del acusado proviene de actos voluntarios por el tipo de relatos de la menor ofendida, que narra los hechos que son materia del juzgamiento, y que a la fecha de los hechos tiene una edad de 6 años, y solo es posible si los ha percibido directamente, dada la descripción del objeto (dedos); así como a la percepción y descripción del miembro viril “me metía sus cosas íntimas (pene) y salía baba de ahí”; que estos actos lo realizaba siempre (refiere 100 veces) en sus partes íntimas (señalando la vagina) y que por parte del procesado ejerció coacción hacia la víctima, amenazándola que si contaba le iba a matar o que la iba a encerrar en un cuarto; esto se corroboró como cierto a través de los peritajes y reconocimientos tanto de practicado por el Médico legista Dr. Raúl Zárate, de la Psicóloga clínica Jennifer González de Mera, del testimonio del guardia del mercado señor Edison Herrera Gamarra y de los testimonios de los servidores policiales SgoS. Nelson Ronquillo Vargas y Policía Edison Silva Guarnizo quienes procedieron en el interior del local “Rayito de Luz” a la búsqueda de vestigios y levantamiento de imágenes de personas desnudas teniendo relaciones sexuales, un frasco de plástico de “Jhonson’s baby aceite”; una dividió blanca, así como a la fijación de varios cartones en el piso conforme consta en su informe constante en autos (fs. 125) que concuerda con los objetos que fueron descritos por la menor al contestar “P: ¿Dónde ocurría esto, donde pasaban estas cosas que tu indicas que te metía el dedito? R: ¿En qué cuarto era? R: En un cuarto así con cartones que él siempre a un señor le decía regáleme una cosa, para hacer cosas, el coge cartones se hecha ahí y yo veo y el compra así películas malcriadas y yo le digo que no quería ver y cierro los ojos y me muestra y yo le digo que yo no quiero mirar esas cosas, y él me mostró y yo veo y boto esa película que él tenía ahí, el baja la puerta para yo ver esas cosas, y él me enseñó a ver esas cosas; P:¿En ese cuarto que tú dices pasaba esas cosas, que hacía el duque? R: Se ponía aceite Jhonson baby ahí en sus cosas y me comenzaba a hacer, me bajaba el pantalón, me bajaba el calzón y me comenzó a hacer esas cosas”; con lo que se considera que se encuentran privados los elementos del tipo penal subjetivo, esto es que se ha probado la categoría dogmática de la tipicidad en relación al acusado Julio César Farías Celi.

[...]

Por los argumentos expuestos el Tribunal de Alzada concluye que la valoración y el análisis de la prueba en su conjunto es acertada congruente, coherente y válida a la teoría del caso que acusa la fiscalía, hechos fácticos que

han sido probado conforme a derecho que sin lugar a dudas con certeza determina la materialidad de la infracción y la responsabilidad penal del acusado.

Así, entonces, este Tribunal considera que el argumento del recurrente carece de asidero jurídico, pues, la decisión del *ad quem* es correcta, por cuanto sus reflexiones se sustentan en las pruebas aportadas durante el proceso, con respecto a la existencia material de la infracción y a la responsabilidad del procesado del delito tipificado en el artículo 512 del CP y sancionado en el artículo 513 *ibídem*; además, una vez analizada la sentencia impugnada, se concluye que no existe error alguno, sino que, por el contrario, la conclusión del Tribunal de Apelación cumple con los requisitos de justificación necesarios de la motivación adecuada.

De ahí que la decisión de aceptar el recurso de apelación y declarar la responsabilidad del recurrente en el precitado delito, así como imponerle la pena correspondiente, por encontrarse en la esfera de las potestades de los jueces de instancia, no incurre en violación de derecho alguno; así lo ha manifestado la Corte Constitucional cuando señala: “[...] Al momento de resolver el recurso se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que los jueces tengan competencia para analizar temas de mera legalidad, que ya fueron resueltos y discutidos en las instancias inferiores, como por ejemplo el análisis de informes periciales, o la procedencia y valoración de pruebas, ya que si esto fuera así se desconocería la independencia interna de los jueces y tribunales de garantías penales garantizada en la Constitución de la República en el artículo 168 numeral 1 que reza: “Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley.”⁸

En ese orden de ideas, el artículo 304 del CPP enuncia que si la sentencia declara la culpabilidad del procesado, el Tribunal de Garantías Penales, debe tener la certeza de la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo; por lo expuesto en párrafos anteriores, es notable que Julio César Farías Celi se aprovechó de la vulnerabilidad de N.M.G.B. para violarla y, posteriormente, intimidándola, no le permitió que cuente nada de lo sucedido; en cuanto a ello, la Corte de Apelaciones,

⁸ Corte Constitucional. *Sentencia No. 008-13-SEP-CC, de 2 de abril del 2013*; caso No. 0005-10-EP.

cumplió con lo estipulado en el artículo 304.A del CPP. Por lo tanto, el cargo planteado por el casacionista, con respecto a la violación del artículo 252 del CPP, queda desvirtuado.

De esta manera, con la misma línea de pensamiento, en razón de que, ciertamente, se ha justificado la materialidad del delito y responsabilidad del procesado, sobretodo en el considerando 8.6 del fallo emitido por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, se rechazan los argumentos que se refiere a la violación del artículo 88 del CPP.

5.2.5. Sobre los cargos que se refieren a la violación de los artículos 66.4, 75 y 76.4 de la CRE, revelan una falta de técnica en el manejo del recurso; debido a que, no se define en qué momento el Tribunal violó dichos artículos.

Cabe enfatizar que la fundamentación por cualquiera de las causales establecidas en el artículo 349 del CPP implica, el desarrollo de un razonamiento lógico, jurídico y técnico, a través del cual el recurrente procura convencer a la Corte de Casación de que la sentencia impugnada ha sido emitida en quebrantamiento del derecho material o del derecho procesal. Por tanto, ese deber no se satisface con un alegato libre, en el que se pretenda un nuevo análisis de la causa; sino que, por el contrario, se cumple con una adecuada argumentación.

En síntesis, los alegatos esgrimidos por el abogado defensor del procesado Julio César Farías Celi ponen en relieve una falta de técnica en la fundamentación del recurso de casación; pues, no adecua sus alegatos en ninguna de las tres causales establecidas en el artículo 349 del CPP, las que exigen el desarrollo de un razonamiento lógico, jurídico y técnico, ya que no es razonable que el deber de fundamentar el recurso de casación pretenda ser suplido en virtud de la simple inconformidad del recurrente con el fallo de segunda instancia, como tampoco se satisface con la simple mención de artículos que se consideren vulnerados; al contrario, la defensa del recurrente debió determinar en qué parte de la sentencia existe la violación a la norma y las razones para considerar tal violación, porque no se trata de un medio de impugnación cualquiera, sino de un recurso extraordinario de casación.

En consecuencia, la falta de explicación impide al Tribunal subsanar los errores en la fundamentación jurídica por parte de la defensa técnica del procesado, en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 140 del COFJ, por lo que se rechazan estos argumentos formulados por el recurrente.

5.2.6. Sobre la violación a los artículos 89, 91, 98.2 y 143 a los que se hace alusión el recurrente, este Tribunal se ratifica en el análisis desarrollado en el apartado *ut supra*, pues, el recurrente no ha cumplido con su responsabilidad de ofrecer una explicación exhaustiva y jurídica sobre las supuestas violaciones en que habría incurrido el juzgador de alzada. De los argumentos expuestos por el abogado defensor del recurrente, nos da a entender que, lo que pretende es, que se valore nuevamente la prueba, pero tal pretensión, se encuentra vedada, porque la casación en materia penal no es un escenario en el cual se puede volver a valorar la prueba. De hecho, el CPP, en su artículo 349, inciso final, señala en forma expresa que: “No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba”; y, sobre el tema, existe amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional y Corte Nacional de Justicia.

Esta última, ha ratificado el criterio de que las pruebas no pueden ser objeto de valoración en la casación, pues, caso contrario, se estaría desconociendo el principio de independencia judicial.⁹ De igual forma, sobre esta prohibición la doctrina ofrece el siguiente punto de vista:

(...), la pregunta obligada es, ¿por qué consagrar el recurso de casación como medio de impugnación en el sistema acusatorio y no otro recurso, como pudiera ser el de apelación? La respuesta que se ha dado por un sector de la doctrina es que, por lo general, se ha considerado que *es el que mejor se adapta a las características del citado sistema acusatorio*.

Uno de los argumentos torales para sustentar la anterior afirmación se basó en que como el juicio es público, el método utilizado para transmitir los pensamientos es la oralidad, y los jueces tienen la obligación de presidir la audiencia personalmente sin que deleguen su autoridad, en la que estarán las partes intervinientes en el proceso; entonces, si otros jueces, aunque sean superiores, pero que no

⁹ Corte Nacional de Justicia. Resolución No. 050-2013, pronunciada dentro del juicio No. 430-2012.

estuvieron presentes en el desarrollo de la audiencia de debate, analizan lo resuelto por los inferiores, en realidad se trataría de un nuevo juicio (...).¹⁰

Acerca de las pretensiones y argumentos a los que se hace alusión el recurrente, una vez que se ha examinado debidamente la sentencia, este Tribunal llega a la conclusión, de que, el juzgador de alzada, ha valorado correctamente las pruebas con relación a la existencia de la infracción y culpabilidad al estado que, la conducta del acusado se subsume precisamente en la hipótesis prevista por el artículo 512 del CP, coincidiendo así con las reflexiones de Fiscalía y descartándose inclusive, el hecho que no existieron hechos probados, graves, precisos ni concordantes, ya que conforme se determina de la sentencia atacada, el acusado ha actuado con voluntad y conciencia, resultando sus argumentos simples invocaciones, por lo que es pertinente atribuirle a éste, el más enérgico juicio de reproche.

En la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, al referirse a los presupuestos de la sentencia reclamados, se formula la reflexión que se transcribe a continuación:

“Para que un juzgador arribe a la verdad de los acontecimientos históricos, debe necesariamente contar con los medios de prueba legalmente actuados y señalados en la Ley, sea documental, pericial y/o testimonial, y la prueba propiamente dicha, que constituya fuente cristalina de conocimientos sin que su valoración esté sombreada por dudas, por ello es que, existe una gradación de valores; según sea la prueba realizada en forma idónea y transparente; en el presente caso, con el testimonio de la menor de edad, que en forma diáfana y sin perjuicio alguno, emite sus afirmaciones por haber presenciado los hechos, lo cual se encuentra en armonía con la investigación realizada por el señor Agente de Policía Judicial, mismo que rinde su testimonio propio durante la audiencia oral, privada y contradictoria de juzgamiento, sumado a ello los elementos de convicción legalmente judicializados, nos permiten arribar a la convicción de

¹⁰ Miguel Ángel Rodríguez Vázquez, *La casación y el derecho de recurrir en el sistema acusatorio* (México D.F.: Instituto de Investigación Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México -UNAM-, 2013), 29 y 30.

determinar dicha verdad en nuestra psiquis, con certeza, y por lo mismo, no existe sombra de duda respecto al criterio que en forma unánime el Tribunal de Alzada ha logrado en su conclusión.” [Sic.]

De la lectura de este análisis, es evidente advertir que la decisión *ad quem* es correcta, de tal manera que no existe infracción alguna en la que ha incurrido la Corte de Apelaciones en su sentencia. En consecuencia, los cargos relacionados a los artículos 85, 87, 89, 91, 98.2, 143 CPP, tampoco prosperan, pues, al buscar que este juzgador realice un pronunciamiento extralimitándose en el ejercicio de sus competencias, carecen de sustento jurídico.

SEXTO.- Resolución

Con fundamento en los antecedentes y considerandos, antes enunciados, tomando en cuenta que el recurrente no ha cumplido su obligación de fundamentar el recurso en los términos previstos en el artículo 349 del CPP, ni ha explicado satisfactoriamente de qué manera la sentencia impugnada ha violado la ley conforme a las causales que señala el artículo antes referido, y al no ser la mera inconformidad con la sentencia una de las causales para que prospere este recurso extraordinario, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, de conformidad con la disposición contenida en el artículo 358 del CPP, declara improcedente el recurso de casación presentado por el señor Julio César Farías Celi. Ejecutoriado el fallo se remitirá al tribunal de origen para su ejecución. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.** f) Dra. Gladys Terán Sierra, **JUEZ NACIONAL** f) Dr. Miguel Jurado Fabara, **JUEZ NACIONAL**; f) Dr. Marco Maldonado Castro, **JUEZ NACIONAL PONENTE.**- Certifico: f) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

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

Quito, 23 de noviembre del 2016


Dra. Ximena Quijano Salazar
SECRETARIA RELATORA

JUICIO No. 593-2014
RESOLUCION No. 1277-2016
RECURSO: CASACION
PROCESADO: Gloria Amparo Chuga Díaz
DELITO: TENENCIA Y POSESION ILICITA DE ESTUPEFACIENTES

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. - SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRANSITO. Quito, viernes 15 de julio del 2016, las 08h38.

VISTOS:

ANTECEDENTES

El 19 de julio de 2013, las 15h46, el Juez Segundo de Garantías Penales del Carchi, dictó auto de llamamiento a juicio en contra de la ciudadana Gloria Amparo Chuga Díaz, por presumirla responsable del delito tipificado y sancionado en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; por lo que, se confirmó la orden de prisión preventiva dictada en su contra y prohibición de enajenar sus bienes.

El 27 de diciembre de 2013, las 14h18, el Tribunal Primero de Garantías Penales del Carchi, confirmó el estado de inocencia de la ciudadana Gloria Amparo Chuga Díaz; por lo que se revocó todas las medidas cautelares dispuestas en su contra; resolución que subió en grado en virtud del recurso de apelación presentado por la procesada y por la consulta obligatoria, dispuesta en el artículo 123 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

El 12 de marzo de 2014, las 09h54, la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial del Carchi, desechó el recurso interpuesto y revocó la sentencia subida en consulta, y en su lugar declaró la responsabilidad de la acusada por el delito que fue llamada a juicio; por tanto, y al haber justificado circunstancias atenuantes le impuso la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria; en ese sentido, la sentenciada interpuso recurso de casación para ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

COMPETENCIA

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.

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.

El Tribunal está conformado por el señor doctor Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional Ponente, doctor Iván Saquicela Rodas, Conjuez Nacional, en remplazo del doctor Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional, quien pasó desempeñar las funciones del doctor Vicente Robalino Villafuerte ex Juez Nacional por ausencia definitiva, conforme consta en el oficio No. 463-SG-CNJ; y, doctora Zulema Pachacama Nieto Conjueza Nacional, por licencia concedida a la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional, conforme consta en el oficio No. 896-SG-CNJ-MBZ, suscrito por el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

TRÁMITE

De conformidad a 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 y Código de Procedimiento Penal.

VALIDEZ PROCESAL

El recurso de casación, ha sido tramitado en virtud de lo dispuesto en el art. 349 del Código Procesal Penal, en concordancia con lo dispuesto en el art. 184 del Código Orgánico de la Función Judicial, y al no haberse advertido causal que pueda anular o afectar al mismo, en consecuencia se declara su validez.

FUNDAMENTACIÓN Y CONTESTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Acorde con lo dispuesto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 345 ibídem, se llevó a cabo la audiencia oral, pública y contradictoria.

Fundamentación de la defensa técnica por parte de la recurrente Gloria Amparo Chuga Díaz.

Al haber sido la impugnante sentenciada en segunda instancia por el delito tipificado en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, imponiéndole la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria, por la cantidad de 11.60 gramos de clorhidrato de cocaína, solicita que se aplique el principio de favorabilidad conforme a los artículos 16.2 del Código Orgánico Integral Penal y 75.5 de la Constitución de la República del Ecuador, debiendo ser beneficiada de conformidad con lo establecido el artículo 220 del COIP, que determina una pena de 3 a 5 años, porque según el cuadro del CONSEP, se constata que corresponde a una mediana escala la cantidad de droga incautada, tomando en cuenta todas las atenuantes que fueron justificadas en su momento procesal y que recoge la Corte Provincial en su fallo; por lo que, en consideración a aquello, la pena a imponerse es de dos años.

Contestación por parte del delegado del señor Fiscal General del Estado a la fundamentación del recurso propuesto.

En consideración a la cantidad que se le encontró a la señora Gloria Amparo Chuga, que son 11.60 gramos de clorhidrato de cocaína, razón por la cual, se le consideró autora del delito de Tenencia y Posesión Ilícita de Sustancias Estupefacientes, tipificado en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, y conforme a lo manifestado por la defensa, que ha solicitado se aplique el principio de favorabilidad contenido en los artículos 5.2 del Código Orgánico Integral Penal, 16.2 ibídem, 76.5 y 76.6 de la Constitución de la República del Ecuador que habla de la proporcionalidad, no hay mérito para oponerse a que se aplique dicho beneficio.

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

El artículo 76.5 de la Constitución de la República señala: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora. (...)”.

Por lo tanto, de tales formulaciones, con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, el 10 de agosto de 2014, el artículo 5.2 ibídem, establece: “El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el tratado u otras normas jurídicas, se regirá por los

siguientes principios. (...) 2 Favorabilidad: en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. (...); asimismo, el artículo 16.2 del mismo cuerpo legal determina: “Ámbito temporal de aplicación.- Los sujetos del proceso penal y las o los juzgadores observarán las siguientes reglas: (...) 2. Se aplicará la ley penal posterior más benigna sin necesidad de petición, de preferencia sobre la ley penal vigente al tiempo de ser cometida la infracción o dictarse sentencia. (...)”.

Por su parte, el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala: “(...) Tampoco se puede imponer una pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”.

De igual forma, el artículo 15, inciso primero, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, ratificado por el Ecuador mediante Decreto Ejecutivo 37, publicado en el R.O. 101 de fecha 24 de enero de 1969 manifiesta: “(...) Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”. En tal virtud, “(...) cualquier ciudadano tiene el derecho de beneficiarse de las posteriores valoraciones sociales que consideren su accionar menos lesivo, merecedor de una pena menor (...) es factible una aplicación retroactiva de la ley más benigna.”.

De lo citado previamente, en virtud de que la administración de justicia vela por el cumplimiento del debido proceso, con la intervención de jueces garantistas, que establezcan el fiel cumplimiento de la referida garantía constitucional de una forma imparcial y expedita, y considerando que, mediante resolución No. 001-CONSEP-CD-2015, Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 586 del 14 de septiembre de 2015, se publicó las tablas de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para sancionar el tráfico ilícito de mínima, mediana, alta y gran escala, de lo cual, en el presente caso, en la sentencia recurrida consta que la cantidad de droga incautada a la procesada es de 11.60 gramos de clorhidrato de cocaína, la cual se ubica en mediana escala conforme la tabla citada supra, por tanto, la sanción que le corresponde es la contenida en el artículo 220.b) del Código Orgánico Integral Penal (tres a cinco años).

En ese orden de argumentos, a la sentenciada se le impuso una pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria, por haber justificado las circunstancias atenuantes determinadas en el artículo 29, numerales 6 y 7 del Código Penal, vigente al tiempo de cometida la infracción; por lo que, es preciso señalar que en el artículo 44, inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal se determina lo siguiente: “(...) Si existen al menos dos circunstancias atenuantes de la pena se impondrá el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción. (...)”; por consiguiente, el mínimo de tres años que corresponde aplicar, reducido en un tercio, da como resultado, que la pena a imponerse sea de dos años de privación de la libertad.

DECISIÓN

En vista de las consideraciones expuestas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, con base a las normas constitucionales y legales citadas a lo largo de la presente resolución, se estima procedente la aplicación del principio de favorabilidad; y, por haberse justificado circunstancias atenuantes por parte de la impugnante Gloria Amparo Chuga Díaz, vía casación, se le impone la pena privativa de libertad de dos años. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la presente resolución.- Notifíquese, cúmplase y publíquese. f) DR. LUIS ENRIQUEZ VILLACRES, **JUEZ NACIONAL PONENTE** f) DR. IVAN PATRICIO SAQUICELA RODAS, **JUEZ NACIONAL**; f) DRA. ZULEMA PACHACAMA NIETO, **JUEZ NACIONAL**.- Certifico: f) Dra. Ximena Quijano Salazar, Secretaria Relatora.

CERTIFICO: Las tres (3) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito, 23 de noviembre del 2016


Dra. Ximena Quijano Salazar
SECRETARIA RELATORA



CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR

JUICIO No. 1666-2013
RESOLUCION No. 1279-2016
RECURSO: CASACION
PROCESADO: María Gabriela Tenezaca Chimbay
DELITO: TENTATIVA DE HOMICIDIO

DRA. ZULEMA PACHACAMA NIETO, CONJUEZA NACIONAL PONENTE .

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

San Francisco de Quito, 15 de julio del 2016, las 14h20

VISTOS: El doctor Jorge Vélez Rodas, Agente Fiscal del Distrito del Cañar-Azogues, interpone recurso de casación de la sentencia de mayoría emitida por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, de fecha 24 de agosto del 2015, las 08h58, que revoca la sentencia condenatoria dictada en contra de María Gabriela Tenezaca Chimbay por el Tribunal Primero de Garantías Penales de Cañar, el 29 de mayo del 2015, las 08h28, acogiendo la apelación interpuesta por la recurrente, ratificando el estado de inocencia, en consecuencia levantan todas las medidas cautelares personales y reales dictadas en su contra. Concluido el trámite y encontrándose la causa dentro del tiempo para emitir sentencia por escrito se considera:

I.- ANTECEDENTES.

Fiscalía ha tenido conocimiento que el día martes 20 de abril de 2010, la señora María Gabriela Tenezaca Chimbay, llevó a la ciudadana Carmen Dolores Tenezaca hasta su domicilio, en tal razón tomó un cuchillo y le apuñaló en el cuerpo de la víctima.

De los hechos expuestos, avocó conocimiento en la etapa del juicio, el Tribunal Primero de Garantías Penales de Cañar, que con fecha 26 de mayo del 2015, las 09h28, dictó sentencia declarando a María Gabriela Tenezaca Chimbay, autora responsable del delito de homicidio en el grado de tentativa, tipificado y sancionado en el artículo 449 del Código Penal, en relación con los artículos 16 y 46 Ibídem; imponiéndole una pena de dos años de privación de la libertad, en aplicación a las atenuantes establecidas en los numerales 5, 6 y 7 del artículo 29 del Código Penal, en relación con el artículo 72 ibídem, se reduce a 4 años de reclusión mayor ordinaria, reducidos a la mitad en aplicación del artículo 46 del invocado cuerpo de leyes, atenuantes que fueron probadas con los acuerdos probatorios de buena conducta, anterior al cometimiento ilícito, y que no revela ser una persona peligrosa y la comparecencia de la acusada a la audiencia de juicio cuando podía haberse ocultado; además, se le condena al

reconocimiento de la reparación integral conforme lo establece el artículo 78 de la Constitución y 309.5 del Código de Procedimiento Penal.

De esta decisión, la procesada interpone recurso de apelación ante la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, que con fecha 02 de octubre del 2013, las 11h54, confirmó la sentencia condenatoria dictada por el juez A quo.

Inconforme con la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones, la procesada plantea recurso de casación ante la Corte Nacional de Justicia, que con fecha 16 de julio del 2014, las 11h15, dicta sentencia declarando la nulidad constitucional de la sentencia emitida por la Sala Especializada de lo Penal del Corte Provincial de Justicia el Cañar, a fin de que subsane la falta de motivación.

Con fecha 24 de agosto del 2015, las 08h58, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, que en sentencia de mayoría dictada el 24 de agosto del 2015, las 08h58, resolvió revocar la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Primero de Garantías Penales de Cañar el 29 de mayo del 2015, las 09h28, acogiendo la apelación interpuesta por la recurrente, declarando su estado de inocencia.

De esta sentencia el doctor Jorge Vélez Rodas, Agente Fiscal del Distrito del Cañar interpone recurso de casación ante la Corte Nacional de Justicia.

II.- COMPETENCIA.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, tiene competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión, conforme lo disponen los artículos 184.1 y 76.7. k) de la Constitución de la República; artículos 184 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículos 349 y siguientes del Código de Procedimiento Penal. En tal virtud por el sorteo realizado de conformidad a lo establecido en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, ha correspondido al doctor Jorge Blum Carcelén, como Juez Nacional Ponente, quien se ha excusado de conocer la causa, por lo que de conformidad con lo que dispone el artículo 174 ejusdem, y acta de sorteo de fecha 21 de octubre del 2015 suscrita por la doctora Isabel Garrido Cisneros, Secretaria General de la Corte Nacional de Justicia, actúa la doctora Zulema Pachacama Nieto, Conjueza Nacional; conforman el Tribunal los doctores Luis Enrique Villacres y Marco Maldonado Castro, Juez y Conjuez Nacionales.

III.- VALIDEZ PROCESAL.

El recurso de casación ha sido tramitado conforme a las normas procesales de los artículos 352 del Código de Procedimiento Penal, vigente a la época; y 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador, por lo que se declara la validez de lo actuado.

IV.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.

4.1.- El doctor José García Falconi, delegado del señor Fiscal General del Estado en la audiencia, oral pública y de contradictorio en resumen manifestó:

4.1.1.- Que la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar con fecha 24 de agosto del 2015, las 08h58, que revoca la sentencia dictada por el Tribunal Primero de Garantías Penales de esa misma jurisdicción en la que se estableció con certeza tanto la existencia de la infracción y la responsabilidad de la procesada María Gabriel Tenezaca Chimbay, en el delito por tentativa de homicidio, en contra de la víctima Carmen Dolores Ludizaca Inga, adecuando su conducta al contenido jurídico el artículo 449 del Código Penal, en relación con los artículos 16 y 46 ejusdem viola por contravención expresa el artículo 76.7.1 de la Constitución de la República en concordancia con el artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial y 304-A (1) del Código de Procedimiento Penal, por cuanto considera que la sentencia recurrida no cumple con el estándar mínimo de motivación. Los parámetros que la Corte Constitucional ha manifestado reiteradamente, así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es que una sentencia debe guardar el principio de razonabilidad de lógica y de comprensibilidad, en este caso la sentencia de mayoría no cumple con estos tres parámetros.

4.1.2.- El Tribunal Primero de Garantías Penales de Cañar, en sentencia debidamente motivada establece que existe con certeza el delito de homicidio, tipificado y sancionado en el artículo 449 del Código Penal, en el grado de tentativa y con certeza la responsabilidad de la procesada condenándole a dos años de privación de libertad más el pago de daños y perjuicios. De esta sentencia con voto de mayoría de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia del Cañar, con fecha 24 de agosto de 2015 a las 08h58, revoca la sentencia de primer nivel aceptando el recurso de apelación y ratifica la inocencia, de los justiciables recurrentes.

4.1.3.- Consta de la sentencia que el doctor Miguel Eugenio Méndez Rojas, manifiesta que realizó dos valoraciones a la víctima señora Carmen Dolores Ludisaca quien sufrió tres heridas por parte de la procesada, por un acto de celos que inclusive corrió peligro la vida; sin embargo, la sentencia de mayoría señala que no se ha comprobado el delito en mención por lo que ratifica

el estado de inocencia. La sentencia impugnada no reúne el parámetro de razonabilidad, lógica, y coherencia, sin embargo establece que no se ha justificado el delito materia de la infracción, empero la vida de Carmen Dolores Ludisaca, corría peligro a causa de las tres heridas realizadas por la procesada.

4.1.4.- Considera que se ha comprobado el delito de tentativa de homicidio por cuanto existen las respectivas valoraciones periciales médicas legales, que indican que se atentó contra la víctima con un arma.

4.1.5.- Solicita se case la sentencia recurrida, por contravención expresa de los artículos 76.7.1 de la Constitución de la República, 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial y 304-A del Código de Procedimiento Penal.

4.2. En uso del derecho a la contradicción el doctor Fabián Flores González, defensa técnica de la ciudadana María Gabriela Tenezaca Chimbay, señaló:

4.2.1.- La sentencia de mayoría dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, con fecha 24 de agosto del 2015, las 08h58, se encuentra debidamente motivada, lo que se pretende, es que el tribunal de casación vuelva a valorar la prueba lo cual no es procedente conforme lo establece el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal;

4.2.2.- En la audiencia juicio no se mencionó lo señalado por Fiscalía, como el reconocimiento médico legal.

4.2.3.- Solicita se rechace el recurso de casación presentado por la Fiscalía.

4.3.- Réplica del Casacionista.

4.3.1.- No me refiero a pruebas, sino al meollo de la sentencia que es la parte expositiva, la casación no se refiere a la audiencia de juicio, se refiere a la sentenciaba impugnada, más aún hay que recordar que a partir de la Constitución del 2008, vivimos en un ambiente de paz, hay derechos constitucionales y el artículo 66.3 señala el derecho a la integridad personal que incluye la integridad física, psíquica, moral y sexual, una vida libre de violencia en el ámbito público y privado no podemos hacernos justicia por la propia mano. En tal virtud la Fiscalía

considera que se debe casar la sentencia por contravención expresa a los textos constitucionales y legales antes mencionados.

4.3.2.- Reitera que se case la sentencia recurrida.

V.- CONCEPCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

5.1.- Naturaleza jurídica del recurso de casación.- “Consiste en la constatación de la conformidad en derecho de la sentencia”,¹ por tanto no constituye de modo alguno instancia y tampoco resulta un nuevo análisis de la prueba actuada y desarrollada en juicio, sino que realiza únicamente un análisis in iure de la sentencia de segunda instancia para determinar posibles violaciones a la ley, por haber contravenido expresamente a su texto, por indebida aplicación; o por haberla interpretado erróneamente como lo establece el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. Sin embargo de lo expresado, la ley procesal penal en el artículo 358, confiere al órgano judicial la facultad de casar la sentencia de oficio aun cuando el recurrente haya errado en la fundamentación del recurso.

5.2.- El derecho a la impugnación, está garantizado en el artículo 8.2, l, h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y artículo 76.7.m), de la Constitución de la República del Ecuador.

5.3.- La doctrina reconoce entre las garantías que tiene el procesado, en el desarrollo del debido proceso, es la de impugnar la decisión judicial que no comparta y que implique su derecho a la defensa, el mismo que en el Ecuador, se extiende a todos los sujetos procesales; siendo la casación uno de los medios impugnatorios, de naturaleza extraordinaria, especial y facultativa, mediante el cual, una de las partes que actúan en el juicio, expresamente autorizadas para tal efecto, y por alguna de las causales taxativamente determinadas en la ley procesal penal, demanda de la Corte Nacional de Justicia, un examen jurídico de la sentencia venida en grado que se considere violatoria de la ley sustantiva, y en ocasiones de la ley procesal penal.²

¹Cfr. Armenta Deu Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Cuarta Edición, Madrid, 2009, p.278. Su principal función es nomofiláctica, para asegurar la explicación uniforme de la legalidad penal –sustantiva y procesal- en todo el Estado evitando así la disparidad o divergencia de criterios interpretativos entre los tribunales penales diseminados en su territorio.

²Cfr. Rodríguez Orlando, *La Presunción de Inocencia. Principios Universales*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Segunda Edición, Medellín, 2002, pp. 631, 632. En diverso sentido, Cfr. Larenses Valentín, *Recursos en el Proceso Penal*, Talleres Gráficos Emigra, Buenos Aires, 2007, p. 25. El autor plantea, dentro del contexto argentino, la posibilidad de analizar, vía casación los errores tanto un indicando como in procedendo, cuando en Ecuador este examen ha sido exclusivamente orientado a los errores in indicando.

5.4.- El principio de legalidad adjetiva previsto en el artículo 76.3 de la Constitución de la República dice que: *“Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”*. En este contexto, la interposición del recurso de casación así como su fundamentación están sujetas al impulso del sujeto procesal (recurrente) conforme el principio dispositivo consagrado en el artículo 168.6 de la Constitución de la República.

VI.- ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

MARCO JURÍDICO

6.1.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y debe hacer efectivos los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad, economía procesal, así como la aplicación de las Garantías del debido proceso, sin sacrificar la justicia por la omisión de meras formalidades³, principios desarrollados en el Código Orgánico de la Función Judicial, que enfatiza el principio de celeridad⁴, esto es, que la administración de justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación, como en la resolución de la causa y en la ejecución de lo decidido.

Por otra parte el principio de inocencia se encuentra consagrado en el artículo 76.2 de la Constitución de la República del Ecuador, que preceptúa:

“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 ejecutoriada”

La Convención Americana Sobre los Derechos Humanos, artículo 8 que contiene:

“Garantías Jurisdiccionales (...) Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad;”

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11 preceptúa:

“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le haya asegurado todas la garantías necesarias para su defensa”.

6.2.- El artículo 449 del Código Penal vigente a la época de los hechos señala:

³ Artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador.

⁴ Artículo 20 del Código Orgánico de la Función Judicial.

“Homicidio Simple.- El homicidio cometido con intención de dar la muerte, pero sin ninguna de las circunstancias detalladas en el artículo siguiente, es homicidio simple y será reprimido con reclusión mayor de ocho a doce años.”

6.3.-Por otra parte el artículo 16 ejusdem contiene:

“Tentativa, desistimiento y arrepentimiento eficaz.- Quien practica actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acometimiento no se verifica.

Si el autor desiste voluntariamente de la acción está sujeto solamente a la pena por los actos ejecutados, siempre que éstos constituyan una infracción diversa, excepto cuando la ley, en casos especiales, califica como delito la mera tentativa.

Si voluntariamente impide el acontecimiento, está sujeto a la pena establecida para la tentativa, disminuida de un tercio a la mitad.

Las contravenciones solo son punibles cuando han sido consumadas”

VII.- ANÁLISIS DE LAS ARGUMENTACIONES DEL CASACIONISTA

7.1.-Escuchada la fundamentación del recurso de casación por parte del delegado del señor Fiscal General del Estado y la contradicción de la defensa técnica de la acusada, se establece que el primero de los nombrados en su exposición se limitó a argumentar, que la sentencia emitida por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia del Cañar, contraviene el texto de los artículos 76.7.l) de la Constitución de la República, 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial y 304-A del Código de Procedimiento Penal

7.2.-Con relación a lo esgrimido por el representante del señor Fiscal General Estado.

Este Tribunal de Casación, debe puntualizar que del texto del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, se desprende que el recurso de casación, es un medio impugnatorio, que tiene por objeto corregir los errores de derecho en que pudiera incurrir el Tribunal de Apelaciones, al momento de emitir una sentencia, por lo que se constituye en recurso extraordinario “de control de legalidad y de error judicial en los fallos de instancia”.⁵Y si tal violación ha causado gravamen al recurrente, en este contexto la norma legal citada expresa que las causales por las que será procedente el recurso de casación ante la Corte Nacional de Justicia, no pueden ser otras que las taxativamente citadas en la norma:

“.. cuando en la sentencia recurrida se hubiere violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación.”.

⁵ Artículo 10, ibídem

7.3.- Bajo estas premisas es de puntualizar que el texto del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, es taxativo al señalar que el recurso de casación procede cuando se hubiere la ley, sin embargo en el caso subjudice se procede con el análisis del contenido del artículo 76.7.1) de la Constitución por cuanto el contenido jurídico de las normas legales constantes en los artículos 130.4 del Código de Orgánico de la Función Judicial y del artículo 304-A del Código de procedimiento Penal, se encuentran en estricta relación con la primera, que se refieren a la garantía de motivación de las resoluciones de los poderes público.

7.4.- Respecto de la violación por contravención expresa de los artículos 76.7.1) de la Constitución de la República y 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial y 304-A del Código de Procedimiento Penal.

La normativa constitucional acusada como violada contiene:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurara el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

(...)

7.- El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

(...)

1) 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.”

“Por contravención expresa de su texto”, se entiende, cuando de las normas que se aplicó al caso en conflicto resulten efectos contrarios a su hipótesis; esto es “*que el juez incurre en error en aplicar la norma que regula un caso concreto*”⁶.

7.5.- En virtud de la hipótesis esgrimida por la Fiscalía, en la audiencia de fundamentación del recurso de casación, este Tribunal, ha procedido a realizar una revisión y análisis del texto de la sentencia recurrida, encontrando que en el considerando sexto del fallo objetado, titulado “Valoración de la Prueba y Análisis de la Sala.” El tribunal de apelaciones efectúa un amplio análisis de los elementos probatorios presentados por los sujetos procesales en la etapa de juicio, mismas que fueron objeto de discusión jurídica a fin de llegar a determinar conforme a derecho y con certeza la existencia material de la infracción y la responsabilidad de la acusada, y de esa forma establecer si la conducta de aquella se encuentra inmersa dentro del texto que contempla el injusto penal por el cual está siendo procesada.

⁶Orlando, A Rodríguez, “Casación y Revisión Penal”, Bogotá- Colombia, Editorial Temis S.A, 2008, p 234

7.6.- En este contexto se observa que el tribunal de apelaciones al realizar el análisis probatorio señalan, que María Tenezaca Chimbay ha desvirtuado la hipótesis planteada por la supuesta víctima ya que:

“en primer lugar que, no fue ella a traer a la fuerza al ofendida de su trabajo, como afirma, que por miedo a perder el empleo, ante amenazas de ser denunciada de sus amos con un hombre casado, accedió a ir a la casa de la cónyuge de su amante para agredirle; como sostiene el fiscal en su tesis, sino a lo contrario, la ofendida llegó a su casa en horas de la mañana del 20 de abril del 2010, a reclamarle que porque sigue llamando a su amante, si ya están divorciados. Lo manifestado por la acusada tiene fuerza probatoria, por ser corroborado por los testigos: Gerardina Yolanda Correa Uzhca y Jenny Alexandra Sarmiento Correa, las que declararon ante el Tribunal Penal y en audiencia de juicio afirmando que el 20 de abril del 2010 entre las 09h00 a 10h00, ellas se encontraban vendiendo ropa a la acusada en su casa y cuando salieron, vieron llegar a la ofendida en una camioneta blanca y que entro a casa de Maria Tenezaca. Igualmente su declaración es concordante con la de la ofendida al sostener que hubo una riña entre las dos, y, en el forcejeo la ofendida llevó la peor parte; se debe tener presente que la ofendida admitió que le dio una patada a la altura de la boca del estómago de la acusada y logró quitarle el cuchillo causante de las heridas; y dice lo botó a la pampa”

7.7.- Continuando con el análisis del texto de la sentencia impugnada se advierte, que en el considerando 6.5, el Tribunal de Apelaciones, luego de haber realizado un ejercicio razonado, lógico y coherente de los elementos probatorios aportados por las partes en la etapa de juicio, llega a lo siguiente:

“Del presente análisis se llega a una conclusión, que en el caso en estudio al no existir el Informe Médico Legal de la ofendida, practicado por un perito médico, legítimamente posesionado y que se haya ratificado conforme a derecho en su informe ante el Tribunal de Garantías Penales den la Audiencia de Juicio, acorde lo dispuesto en el artículo 76.7.j) de la Constitución de la República; no podemos hablar de existencia material de la infracción.”

7.8.- Del texto transcrito es evidente que el juzgador ad quem ha justificado de forma amplia y suficiente las razones de su decisión y de la norma jurídica aplicada al no haber encontrado elementos suficientes con los cuales la inocencia de la ciudadana María Gabriela Tenezaca Chimbay se haya enervado, principio que consagra la Constitución, en el artículo 76.3 de la Constitución de la República; respecto de este principio constitucional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro del caso Guillermo José Maqueda contra la República de Argentina, informe No. 12/96, caso 11.245, manifestó:

"..Este principio construye una presunción a favor del acusado de un delito, según el cual éste es considerado inocente mientras no se haya establecido su responsabilidad penal mediante una

sentencia firme. El contenido de la presunción de inocencia exige que, la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de una pena, sólo puede estar fundada en la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado..., conforme las normas internacionales, el acusado debe ser considerado inocente hasta que se pruebe su culpabilidad".

7.9.- Respetto de la motivación de la sentencia.

7.9.1.- En este contexto se establece que la sentencia recurrida contiene un análisis técnico jurídico que refleja un razonamiento lógico, claro y congruente con los elementos, objeto de la controversia, entendiéndose la existencia de una clara explicación de la pertinencia de las normas jurídicas aplicadas, cumpliéndose con el estándar de motivación, que determina la norma constitucional acusada; Al respecto de la motivación, la Corte Constitucional del Ecuador en sentencia N.º 211-15-SEP-CC del caso N.º 0704-12-EP, expedida el 24 de junio de 2015, ha señalado:

“(...) permite a los individuos conocer de manera clara la explicación de los argumentos y las razones que tuvo determinada autoridad pública para tomar una decisión en el sentido que lo ha hecho, por eso, la motivación de las resoluciones judiciales debe expresar las razones de hecho y de derecho que condujeron al órgano jurisdiccional a tomar determinada resolución, en la cual no cabe la arbitrariedad del juzgador, que está obligado a interpretar y aplicar las leyes de acuerdo con los preceptos y principios constitucionales. La motivación tiene como fin garantizar el control de las resoluciones de los poderes públicos, para persuadir a las partes de un proceso y a la sociedad en general la correcta administración de justicia y verificar que la sentencia no sea arbitraria...”.

7.9.2.- Pronunciamiento del máximo organismo de Control Constitucional, que en la especie se ha cumplido, en estricta observancia de la normativa contemplada en el artículo 76.7.1) , que tiene relación con el artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial y artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal vigente a la época de los hechos, toda vez que de su texto no se observa, arbitrariedad en la aplicación normativa legal, que pudiese afectar a los derechos de los sujetos procesales, en esta circunstancia se advierte observancia del derecho al debido proceso y la seguridad jurídica .

VIII. – RESOLUCIÓN.

Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, por unanimidad y de conformidad al artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, se declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el, doctor Jorge Vélez Rodas, Agente Fiscal del Distrito del Cañar-Azogues.- Ejecutoriada esta

sentencia devuélvase el proceso al Tribunal de origen, para los fines de ley. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-**

f) Dra. Zulema Pachacama Nieto, **CONJUEZ NACIONAL PONENTE** f) Dr. Luis Enríquez Villacres, **JUEZ NACIONAL**; f) Dr. Marco Maldonado Castro, **CONJUEZ NACIONAL.-**
Certifico: f) Dra. Ximena Quijano Salazar, Secretaria Relatora.

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

Quito, 23 de noviembre del 2016


Dra. Ximena Quijano Salazar
SECRETARIA RELATORA



CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR

JUICIO No. 1331-2014
RESOLUCION No. 1280-2016
RECURSO: CASACION
PROCESADO: Fernando Mauricio Encalada Parrale
DELITO: DELITO DE ODIO

PROCESO PENAL 1331-2014

CONJUEZ NACIONAL PONENTE: DR. RICHARD VILLAGÓMEZ CABEZAS.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.- Ciudad de San Francisco de Quito, 15 de julio del 2016, las 16h02

VISTOS: El Dr. Franz Valverde Gutiérrez, Juez Sexto de Garantías Penales de Pichincha (E), el 26 de noviembre de 2013, las 12h31, de conformidad con lo establecido en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal (CPP), dicta auto de llamamiento a juicio en contra del procesado Fernando Mauricio Encalada Parrales, por considerarlo presunto autor del delito tipificado y sancionado en el artículo 212, del segundo innumerado del Código Penal (CP), en concordancia con el artículo 42 ibídem. Este auto tiene como antecedente la resolución de inicio de instrucción fiscal, de fecha 03 de julio de 2013, dictada por el Juez Sexto de Garantías Penales de Pichincha (E), de la que se desprende que el señor Michael Andrés Arce Méndez, fue cadete de la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro, durante su entrenamiento en la fase Pucará, ha sido víctima de un trato humillante, de odio y de acoso personal. Hechos que han sido denunciados inicialmente al interior de la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro y luego en la Defensoría del Pueblo, que en uso de sus facultades constitucionales y legales, realizó una investigación bajo el principio de la informalidad, habiendo sido designados varios funcionarios de tal institución para el cumplimiento de esta investigación dentro de la cual se entrevistaron con varios cadetes de la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro, quienes confirmaron los hechos denunciados por el ciudadano Michael Andrés Arce Méndez, verificándose que recibió un trato discriminatorio, degradante y perjudicado en su instrucción militar ya que debía realizar ejercicios físicos excesivos, en muchas ocasiones no le permitían comer o le impedían que lo haga dentro del comedor, conjuntamente con sus compañeros, además le ordenaban que realice turnos a semana seguida, sin relevo y sin descanso, era calificado como inútil, sucio, vago, inservible, debía cargar por mucho tiempo una piedra

grande en su maleta, le obligaban salir de la ducha para que repte y se revuelque en la tierra, le hacían que permanezca más tiempo que el resto de cadetes en la piscina de agua fría, lo que le causó hipotermia. En horas de la madrugada le obligaban a ducharse en agua fría y le aplicaban gas picante, era obligado a boxear hasta en 10 peleas con tres compañeros al mismo tiempo, producto de esto le habían ocasionado una fractura en la nariz y un esguince en el brazo derecho impidiéndole salir al policlínico, siendo también obligado a pelear con mujeres como una manera de desvalorizarlo; habiéndosele dotado de un fusil en mal estado, hechos que finalmente provocaron que Arce Méndez solicite la baja de esta institución.

Promovida la acción penal, y radicada la competencia para la etapa de juicio, el Séptimo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, mediante sentencia de fecha 27 de marzo de 2014, las 11h14, ratifica el estado de inocencia del ciudadano Fernando Mauricio Encalada Parrales, disponiéndose su inmediata libertad y el cese de las medidas cautelares dictadas en su contra. No se califica como maliciosa ni temeraria a la acusación particular presentada por el señor Michael Andrés Arce Méndez. Sin costas.¹

Dentro de término legal, Fiscalía General del Estado y el acusador particular Michael Andrés Arce Méndez, interponen nulidad y apelación.

Radicada la competencia para fines de la impugnación mediante recurso de nulidad y apelación, El Tribunal de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, con fecha 24 de julio de 2014, las 08:20, declara la validez de todo lo actuado; y, *"desecha los recursos de apelación interpuestos por los señores Michael Andrés Arce Méndez, en su calidad de acusador particular y Gina Gómez De la Torre, en representación*

¹ Conforme la Resolución expedida por la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial No 564 de 26 de octubre del 2011, que en su texto dice:

Art 1.- En los casos que por imposibilidad física o fuerza mayor, debidamente comprobadas, alguno de los jueces no pudiera firmar la sentencia luego de haber sido expedida y firmada por los otros dos, sentada la respectiva razón de este particular..."

Se sienta, por Secretaría, razón que el Dr. Luis Fuentes (Juez de Tribunal), no firma la sentencia porque se le ha concedido licencia médica en legal y debida forma, consecuentemente se notifica con esta razón.

de la Fiscalía General del Estado y confirma la sentencia subida en grado". (Sic)

De esta sentencia, Fiscalía General del Estado y el acusador particular, interponen sendos recursos de Casación.

Radicada la competencia para el conocimiento y resolución del recurso extraordinario de casación, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Nacional de Justicia², mediante resolución de fecha 19 de agosto de 2015, las 15:30, por unanimidad, declara la nulidad constitucional por inmotivación de la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha (24 de julio de 2014, las 08:20), disponiéndose en el efecto rescisorio la realización de audiencia de fundamentación de recursos y la dictación de sentencia por Tribunal competente.

Mediante autos de 12 de octubre y 05 de noviembre de 2015, las 11h51 y 09h40, respectivamente; el Tribunal La Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, acepta los desistimientos de los recursos de nulidad planteados por Fiscalía General del estado y el acusador particular.

La Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha, con fecha 09 de marzo de 2016, las 12:07, resuelve los recursos de apelación interpuestos, y, en lo principal revoca la sentencia dictada por el tribunal aquo y declara a Fernando Mauricio Encalada Parrales, autor y responsable del delito tipificado y sancionado en el Art. 212.5 CP, en concordancia con el Art 42 ibídem, , imponiéndole la pena de un año de prisión correccional y en razón de haberse justificado circunstancias atenuantes establecidas en los numerales 6 y 7 del Art. 29 CP, y no existiendo circunstancias agravantes, se modifica la misma, imponiéndole la pena de cinco meses y veinticuatro días de prisión correccional, que se estima cumplida, declarándose procedente la acusación particular, disponiéndose por concepto de reparación integral: 1) Publicación de la sentencia en los medios de difusión oficial de las Fuerzas Armadas del Ecuador, tanto escritas, como en los portales

² Tribunal conformado por los señores jueces nacionales, doctores: Gladys Terán Sierra, Ponente; Jorge Blum Carcelén; y; Vicente Robalino Villafuerte (+). En sentencia se declara la nulidad por inmotivación y vulneración al artículo 76.7.1 CRE, con costas a cargo de los jueces del tribunal adquem.

institucionales; 2) Disculpas públicas por parte del sentenciado a favor de Michael Arce Méndez en una ceremonia militar en la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro; 3) Tratamiento psicológico tanto del ofendido Michael Arce Méndez como del hoy sentenciado Fernando Mauricio Encalada Parrales; 4) Con daños y perjuicios que deberá ser cancelados por el sentenciado a favor de la víctima, de conformidad con el Art. 31 CPP. Con costas procesales.

Dentro de término legal, Fernando Mauricio Encalada Parrales, interpone recurso de casación para ante esta Corte Nacional de Justicia.

1. COMPETENCIA Y VALIDEZ PROCESAL

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión penal, según los artículos: 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE); 349 y siguientes del Código de Procedimiento Penal (CPP), vigente a la fecha del procesamiento; 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) y Segunda Disposición Transitoria, en concordancia con la Ley reformativa al Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial nro. 38 de 17 de julio de 2013; y, las resoluciones números 1 y 2 de 2015, dictadas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia que disponen la conformación de las diferentes Salas de esta alta Corte.

Por lo expuesto, integran Tribunal de Casación, los señores Conjueces Nacionales, doctores: Richard Villagómez Cabezas (Ponente)³, Edgar Flores Mier⁴ y Zulema Pachacama Nieto,⁵ considerándose además que ninguna de las partes procesales, ya sea a través de medio escrito u oral ha cuestionado, mediante excusa, la integración de este órgano jurisdiccional pluripersonal⁶, asegurándose de esta manera la garantía del juez imparcial declarada en los artículos: 14 del Pacto Internacional

³ Actúa por excusa de la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional quien integró Tribunal que declaró nulidad constitucional por inmotivación de sentencia.

⁴ Conforme oficio nro. 0911-SG-CNJ-MBZ de 4 de julio de 2016, suscrito por el señor doctor Carlos Ramírez Romero.

⁵ Actúa por excusa del doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional quien integró Tribunal que declaró nulidad constitucional por inmotivación de sentencia.

⁶ De forma tal que no cabe el pedido de nulidad por integración de tribunal realizado a través de medio escrito (5 de julio de 2016, las 14:51), luego de audiencia de fundamentación de casación, por la defensa de Fernando Mauricio Encalada Parrales.

de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH), y, 76.7.k CRE.

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

2. FUNDAMENTACIÓN Y DEBATE DEL RECURSO

El señor doctor Miguel Antonio Arias, defensor técnico de Fernando Mauricio Encalada Parrales, al fundamentar el recurso de casación expresa que:

(...) "el Tribunal de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en sentencia de fecha 09 de marzo de 2016, las 12h07, ha violado la ley, en base de indebida aplicación, conforme la causal segunda del artículo 349 CPP.

Al tratarse de un sistema constitucional de derechos y justicia, los derechos fundamentales son el más alto deber del Estado y los juzgadores tienen la obligación de tutelar los mismos y que se hallan establecidos en la Constitución e Instrumentos Internacionales de derechos humanos como se encuentra señalado en el artículo 172 CRE, argumentando que la Corte Provincial de Justicia de Pichincha ha violado esos principios y específicamente la norma violentada es la del artículo 76.7 CRE, que trata sobre el debido proceso (da lectura del artículo), centrando el cuestionamiento en la presunta existencia de prueba ilícita ya que se ha tomado como prueba un informe Defensorial, vulnerando el derecho a la defensa, mismo que se encuentra analizado en las páginas. 44 y 45 de la sentencia.

Al momento de realizarse el informe Defensorial se ha violado el derecho a la defensa, toda vez que se ha entrevistado a personas inexistentes y que la defensa no pudo ejercer la contradicción y no se ha podido ejercer el derecho a la defensa; y que a su vez ha sido considerado como elemento relevante para determinar responsabilidad.

Se ha violentado el artículo 83 CPP, insistiendo que se habría valorado única y exclusivamente como prueba de cargo el informe Defensorial, prescindiéndose de formalidades en la realización de la prueba, evitándose de esa manera el debate y contradicción de la información recogida por Defensoría del Pueblo, lo que habría generado la vulneración y la posibilidad de que el recurrente ejerza defensa en contradicción, considerando igualmente que, la Corte Nacional de Justicia, dictó sentencia de inmotivación constitucional, en orientación de que los juzgadores no aplicaron los instrumentos internacionales.

La actual sentencia impugnada en su fundamentación y motivación hace únicamente una enumeración de los instrumentos internacionales previstos para erradicar la discriminación.

Solicita que se case la sentencia y se confirme el estado de inocencia de Fernando Mauricio Encalada Parrales". (Sic)

De su parte, la señora doctora Paulina Garcés Cevallos, delegada del señor Fiscal General del Estado, al ejercer el contradictorio señala:

"La naturaleza del recurso de casación y de su aplicación; de conformidad con lo establecido en el artículo 349 CPP; y que el recurso propuesto no cumple con lo anteriormente establecido.

Manifiesta que el recurso propuesto no cumple con lo determinado con la norma, pues se ha señalado que el recurso casacional, es un recurso de control de legalidad, y el recurrente ha impugnado la sentencia de la Corte Provincial, basado en la causal segunda por indebida aplicación; sin que se indique de que norma se trata y como se produjo esa indebida aplicación y, que norma debía ser aplicada al caso en concreto.

Sobre la violación del artículo 76 CRE, en todas las etapas procesales el recurrente ha ejercido todos los derechos otorgados en el artículo mencionado, pues habido ejercicio de defensa, los sujetos procesales han presentado prueba, ha contradicho la misma, y se ha respetado el principio de concentración.

Señala que también se ha ejercido el derecho a recurrir en las diferentes etapas procesales.

Sobre el contenido y cuestionamiento del informe Defensorial, se pretende que se reexamine esa prueba por parte del Tribunal de casación; se considera que no existe prueba ilícita, puesto que a la audiencia de juicio concurren todos y cada uno de los funcionarios que elaboraron el informe; y, la prueba fue judicializada en la etapa de juicio a través de dos vías, como documento pero principalmente como testimonio, en tal virtud no existe prueba ilícita ya que el informe Defensorial se realizó en referencia a las facultades competenciales atribuidas tanto la Constitución de la República del Ecuador, cuanto la Ley de la Defensoría del Pueblo.

Resalta que existe contradicción en la fundamentación del recurso cuando se dice que se ha dictado sentencia única y exclusivamente sobre la base del informe Defensorial, para luego señalar que si han existido otras pruebas; y que básicamente la acción casacional se basa en una nueva revalorización probatoria.

Sobre la violación del principio de inocencia, de conformidad con lo que la norma y la lógica constitucional relacionan, el señor Fernando Mauricio Encalada Parrales, aún mantiene el estado de inocencia, hasta que se resuelva el recurso de casación interpuesto.

Concluye que la sentencia de segundo nivel se encuentra debidamente motivada, por cumplir el estándar de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, parámetros establecidos en jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador.

Solicita que se declare improcedente el recurso de casación por no haberse fundamentado de conformidad con lo establecido en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal y señala que la sentencia de Corte Provincial contiene la respectiva reparación integral y, que de igual manera sea ratificada la misma". (Sic)

El señor doctor Juan Pablo Albán, defensor técnico del acusador particular Michael Andrés Arce Méndez puntualiza que:

"no ha existido una debida fundamentación de la segunda causal establecida en el artículo 349 CPP, esto es, una

indebida aplicación del ordenamiento jurídico penal ecuatoriano.

Se advierte con precisión que se trata de un argumento de inconformidad y de tercera instancia, en donde se ha camuflado la decisión de revaluación de la prueba circunscrita específicamente sobre el valor del informe Defensorial; y, de las tablas procesales constan todos los escritos y actuaciones realizadas por el acusado; mismo que ha sido suficientemente debatido tanto en Defensoría (parte de investigación), incluso llegándose a apelar del informe, y que la resolución respectiva consta en la página institucional de la Defensoría del Pueblo, ejerciendo la respectiva defensa por parte del procesado, consecuentemente esta prueba no tiene cargos de ilicitud;

Señala que en el considerando Decimo de la sentencia del A-quem, se explica el valor sustancial que le atribuye el Tribunal al informe Defensorial, específicamente a través de los testimonios rendidos por parte de los funcionarios que elaboraron el mencionado informe, exponiendo las conclusiones de manera oral ante el Tribunal de juicio; y que no es la única prueba aportada y valorada dentro del proceso judicial;

Sobre la Sentencia de nulidad declarada por el Tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, no tiene que ver que se incorpore como exigencia esa única prueba (informe Defensorial), para determinar responsabilidad, ni con la falta de consideración de estándares internacionales en materia de prevención, erradicación y sanción de la discriminación, la sentencia dictada por unanimidad que declara la nulidad constitucional es por violación del principio de congruencia, por no existir correlación entre lo que se acusó y lo que se probó;

Manifiesta que la sentencia impugnada está apegada a derecho, que no se ha señalado una sola norma del ordenamiento jurídico que haya sido indebidamente aplicada y, consecuentemente solicita que se deseche el recurso de casación interpuesto". (Sic)

En ejercicio de su derecho a ser escuchado, Michael Arce Méndez, solicita que se haga justicia, que se reconozca la falta cometida contra su persona y que se cumplan sus derechos

En uso de derecho a réplica, la defensa técnica del acusado Fernando Mauricio Encalada Parrales, precisa que:

"la norma violentada es la del artículo 76.7.I CRE, conjuntamente con el artículo 83 CPPP, norma penal que el Tribunal de apelación viola porque no permite que ese informe sea sometido a una contradicción para que sea valorado como prueba. El informe no tiene valor probatorio y que no es suficiente para establecer responsabilidad penal y obtener una condena. Alega que el artículo 119 CPP, señala que los partes informativos, informes periciales, no serán admitidos como prueba; que el informe Defensorial es pericial, por lo tanto no debió otorgársele valor probatorio a ese documento al momento de dictarse sentencia. En el caso concreto a las FF.AA., se las ha condenado sin ser parte de proceso penal, lo que se expresa a fs. 56 de la sentencia cuando se dispone una ceremonia militar como parte de la reparación inmaterial al presente ofendido; cuando la responsabilidad penal es personal, individual, el procesado es Fernando Mauricio Encalada Parrales; y que la institución militar no es parte del proceso y se la incluyó en la reparación integral, sin que haya podido ejercer derecho a la defensa y que se encuentra condenada. Concluye que si no hay certeza de responsabilidad no se puede condenar a una persona porque eso afecta los principios del derecho penal; principalmente del Estado constitucional de derechos y justicia". (Sic)

3. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

La casación es un medio impugnatorio extraordinario que se focaliza en la existencia de un error *in iudicando* que se genera por una de las causales del artículo 349 CPP. Supuestos que se refieren a la manera en la que el órgano jurisdiccional aplica el ordenamiento jurídico vigente para resolver el caso concreto, circunscribiéndose a dos áreas de esta actividad. La primera de estas áreas es la subsunción, que consiste en la adaptación del relato fáctico obtenido de la valoración probatoria que ha efectuado el órgano jurisdiccional, al supuesto de hecho que requiere una norma jurídica para su aplicación. De lo cual, son dos los errores que pueden devenir de la subsunción: la falta de aplicación de una norma jurídica cuyo supuesto de hecho concuerda con la

narración del contenido fáctico; y, la indebida aplicación de una norma de derecho cuyo supuesto de aplicación no se ha generado en el caso sometido al juzgamiento del tribunal de instancia.⁷ La segunda área del error *in iudicando*, tiene que ver con las consecuencias jurídicas que son previstas por la norma, en aquellos casos en los que efectivamente corresponde su aplicación. En esta área solo puede presentarse la errónea interpretación, y exige de parte de quien lo propone, la aceptación de que la norma utilizada para resolver es la correcta, ya que la impugnación que se hace sobre el fallo se dirige únicamente al sentido y alcance que el órgano jurisdiccional le ha dado a las consecuencias jurídicas que devienen de las normas utilizadas para resolver.

La casación es un instrumento protector de los derechos humanos y de las garantías constitucionales de los sujetos procesales, que procura alcanzar la justicia y recuperar la paz social a través del ejercicio del derecho de impugnación, garantizado en el artículo 76.7.m CRE, en relación con el artículo 8.2.h CADH,⁸ norma que guarda concordancia con el artículo 14.5 PIDCP.⁹ A través de casación corresponde el examen de la sentencia recurrida, para determinar posibles violaciones a la ley, ya por contravención, indebida aplicación o errónea interpretación, conforme el artículo 349 CPP.¹⁰

La casación, principalmente, tiene función nomofiláctica, para asegurar la aplicación uniforme del principio de legalidad (sustantiva-adjetiva), para evitar la disparidad o divergencia de criterios interpretativos entre

⁷ Roberto Lara, *Argumentación Jurídica e Investigación en Derecho, en Observar la Ley. Ensayos sobre la Metodología de la Investigación Jurídica*, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, 2006, Editorial Trotta, España, p. 69.

Véase también a Irving Copi y Carl Cohen, *Introducción a la Lógica*, 1995, Limusa Noriega Editores, 2ª. Edición, México, pp. 615-619.

⁸ Art. 8.2.h CADH.-*Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: "...derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.*

⁹ Art. 14.1 PIDCP.- *Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme lo prescrito por la ley.*

¹⁰ A través de este medio no se puede revalorar la prueba. Por ello, los objetivos de la casación se contraen a tres:

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

los diversos órganos jurisdiccionales¹¹, correspondiendo tal facultad a la Corte Nacional de Justicia (órgano jurisdiccional de cierre) en el que la defensa del derecho objetivo (*ius constitutionis*) tiene preferencia sobre la justicia del caso concreto (derecho subjetivo de las partes, *ius litigatoris*). Es por ello que cuando se casa una sentencia, su efecto rescisorio realiza el derecho subjetivo derivado del *ius constitutionis* (derecho objetivo).

En la especie, la sentencia cuestionada es la dictada por La Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el día 9 de marzo de 2016, las 12:07, que en lo principal revoca la sentencia dictada por el tribunal aquo y declara a Fernando Mauricio Encalada Parrales, autor del delito tipificado y sancionado en el Art. 212.5 CP, en concordancia con el Art 42 *ibídem*, , imponiéndole la pena (privativa de libertad) de un año de prisión correccional y en razón de haberse justificado circunstancias atenuantes establecidas en los numerales 6 y 7 del Art. 29 CP, y no existiendo circunstancias agravantes, se modifica la misma, imponiéndole la pena de cinco meses y veinticuatro días de prisión correccional, que se estima cumplida, declarándose procedente la acusación particular, disponiéndose por concepto de reparación integral: 1) Publicación de la sentencia en los medios de difusión oficial de las Fuerzas Armadas del Ecuador, tanto escritas, como en los portales institucionales; 2) Disculpas públicas por parte del sentenciado a favor de Michael Arce Méndez en una ceremonia militar en la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro; 3) Tratamiento psicológico tanto del ofendido Michael Arce Méndez como del hoy sentenciado Fernando Mauricio Encalada Parrales; 4) Con daños y perjuicios que deberá ser cancelados por el sentenciado a favor de la víctima, de conformidad con el Art. 31 CPP. Con costas procesales.

Respecto de esta sentencia, el señor casacionista Fernando Mauricio Encalada Parrales, en lo principal, acusa, mediante error in iudicando, indebida aplicación del artículo 76.7 CRE¹² al no haberse permitido, a su

¹¹ Teresa Armenta, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Marcial Pons, 4ª. ed., Barcelona, 2009, p. 278

¹² **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:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del

parecer, ejercer el derecho a la defensa respecto del Informe (resolución) de la Defensoría del Pueblo en que aparecen personas fantasmas, inidentificadas, lo que ha imposibilitado el debate, y, luego cuando el tribunal adquem toma este informe como única prueba (documental) sobre la cual dicta condena conforme consta de fs. 44 y 45 de la sentencia, vulnerándose así la legalidad de la prueba prevista en el artículo 83 CPP, esto pese a que Fiscalía General del Estado pudo ingresar a los testigos en el Programa de Protección de Víctimas y Testigos. Finalmente, en la réplica introduce (sin causal de casación) la violación del inciso segundo del artículo 119 CPP.

Desde la técnica jurídica, la articulación del recurso de casación obliga inicialmente a identificar el agravio para lo cual es indispensable la correcta escogencia de la causal, de entre las previstas en el artículo 349 CPP (errónea interpretación, contravención expresa o indebida aplicación)

procedimiento.

- b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
- c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.
- d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.
- e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.
- f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.
- g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.
- h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.
- 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.
- j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.
- k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.
- 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.
- m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

La indebida aplicación, para su eficaz articulación exige que el casacionista, señor Fernando Mauricio Encalada Parrales, esboce una proposición jurídica completa por la que debe señalarse: a. la norma (sustantiva, adjetiva) incorrecta; y, b. la norma (sustantiva, adjetiva) que a su parecer es la correcta para dar solución al conflicto penal.

En la especie, la defensa técnica del casacionista Fernando Mauricio Encalada Parrales, acusa la violación (por indebida aplicación) de los artículos: 76.7 CRE, 83 CPP, y, luego en réplica, introduce, sin causal, la violación del inciso segundo del artículo 119 CPP.

El recurrente al formular oralmente el agravio por indebida aplicación, no cumple con articular una proposición jurídica completa, exigencia, sinequanon de esta causal, puesto que no identifica cuál es la norma incorrecta (indebidamente aplicada) y luego la correcta. Además este recurso es sui géneris en su planteamiento cuando se acusa de forma simultánea la presunta violación de dos normas de distinto raigambre, ya que se ataca inicialmente norma constitucional (art. 76.6 CRE) y luego se la enlaza, bajo la misma causal, con normas procesales (arts. 83 e inciso segundo del art. 119 CPP), que generalmente conducen al error in procedendo, y no al in iudicando que es la razón de ser de la casación.

En suma, el recurso propuesto por el ciudadano Fernando Mauricio Encalada Parrales, no contiene sustancia casacional, puesto que al sostener indebida aplicación no cumple con una proposición jurídica completa que se exige técnicamente para su sustento válido, encaminando el agravio hacia el error in procedendo y no in iudicando que es propio de este medio impugnatorio extraordinario que tiene por misión el control de legalidad en el caso concreto, de forma que esta deficiencia en la articulación y fundamentación oral del recurso llevan, de modo inequívoco, a su improcedencia. Debiéndose considerar además que se ha solicitado a través de un alegato característico de tercera instancia, la revaloración del acervo probatorio actuado en etapa de juicio al cuestionarse la licitud de la prueba, particularmente del Informe (resolución) Defensorial que sería la base única de la sentencia de condena

En este sentido, el principal reproche del casacionista radica en el valor atribuido por el tribunal adquem al Informe (Resolución) Defensorial siendo, a su parecer, el único medio de prueba que ha servido para

dictar condena, a lo que suma cargos de ilicitud de este medio de prueba por no haber podido debatirlo inicialmente en Defensoría Pública y luego al momento de su introducción en audiencia de juicio. De ahí que, las normas que estima vulneradas se enlazan con los artículos 76.7 CRE, 83 CPP, y, luego en réplica con el artículo 119 CPP

Al respecto, este tribunal de Casación considera que el Informe (Resolución) Defensorial no constituye, de modo alguno, un informe pericial en los términos que plantea el casacionista, por lo que no es aplicable el inciso segundo del artículo 119 CPP.

La Resolución Defensorial tiene naturaleza jurídica específica que no puede asimilarse, mediante analogía, al informe pericial. La Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (LODP), ¹³ establece la facultad ex officio o a petición de parte (art. 13 ibídem¹⁴) para que el Defensor del Pueblo investigue hechos presumiblemente constitutivos de infracción a derechos humanos, y producto de tal investigación se dicten medidas de protección dentro del ámbito de sus facultades competenciales, sin que aquello sea requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal por el directamente afectado. (art. 25 ibídem¹⁵).

La investigación que desarrolla Defensoría del Pueblo (y que luego se convierte en Resolución) se subordina a las reglas del debido proceso y consecuentemente, prevén: a. la notificación a los presuntos responsables (art. 19 LODP¹⁶), b. el ejercicio de derechos que forman el

¹³ Publicada en el Registro Oficial 7 de 20 de febrero de 1997

¹⁴ **Art. 13.-** El Defensor del Pueblo podrá iniciar y proseguir de oficio, o a petición de parte, las investigaciones necesarias para el esclarecimiento de los hechos a los que se refieren los literales a) y b) del artículo 2 de esta ley, ya provenga del sector público o de los particulares. Sus facultades de investigación se extienden a las actividades de cualquier autoridad, funcionario, empleado público o personas naturales o jurídicas relacionadas con los casos que se investiguen.

¹⁵ **Art. 25.-** La intervención del Defensor del Pueblo, de sus adjuntos y comisionados se dará sin perjuicio de que los propios ofendidos o perjudicados puedan, por sí mismos, proponer las acciones o interponer los recursos contemplados en la Constitución Política de la República y las leyes. (énfasis añadido)

¹⁶ **Art. 19.-** Admitida la queja se procederá a su inmediata investigación sumaria e informal, admitiéndose cualquier medio de prueba conforme a derecho. Se notificará a los presuntos responsables de las acciones u omisiones materia de la queja, para que contesten en un plazo de ocho días, prorrogables por ocho días más, a petición fundamentada de parte y sin perjuicio de lo contemplado en el artículo 16 de esta ley, la falta

núcleo esencial del debido proceso previstos a nivel constitucional en los artículos 76, 77 CRE, en que se incluyen el de defensa y el derecho a recurrir, contar con el tiempo y los medios necesarios para ejercer defensa sin ser privado de este derecho en ninguna etapa o grado del procedimiento; el derecho a ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones; presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra; además de los determinados en instrumentos internacionales de derechos humanos. Por tanto, la investigación Defensorial es un procedimiento que se subordina a los estándares normativos y jurisprudenciales internacionales y constitucionales de derechos humanos.

La Resolución Defensorial, en lo judicial puede inicialmente constituir notitia criminis, para dar inicio a un proceso penal, y luego ser medio de prueba dentro de proceso en que se discute la comprobación conforme a derecho de delito y responsabilidad penal, siendo obligación de quienes se presentan en calidad de testigos, esto es, los funcionarios de la Defensoría Pública, que la elaboran, acudir a declarar en juicio conforme así lo exige el artículo 76.7.j CRE que dice que quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

En este punto, cabe precisar que el sistema procesal penal ecuatoriano, tanto en ley procesal penal anterior (art. 84 CPP¹⁷) como en ley posterior (art. 454.4 COIP¹⁸) se rigen por el principio de numerus apertus, esto es, el de libertad probatoria por el que las partes tienen iniciativa para: 1. Investigar; y, 2. Probar, de modo amplio y suficiente en tanto no se

de contestación será tomada como aceptación de la queja, debiéndose en todo caso investigar sobre sus fundamentos.

¹⁷ **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.

¹⁸ **Art. 454.-** Principios.- El anuncio y práctica de la prueba se regirá por los siguientes principios:

(...) 4. Libertad probatoria.- Todos los hechos y circunstancias pertinentes al caso, se podrán probar por cualquier medio que no sea contrario a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y demás normas jurídicas (...)

contravenga el ordenamiento jurídico interno e internacional de los derechos humanos. De esta manera, las partes dentro de un proceso penal pueden tanto investigar y probar (en igualdad de armas).

El cuestionamiento del casacionista se centra en una presunta vulneración del derecho a la defensa dentro de esta investigación Defensorial, lo cual carece de fundamento si se tiene que en el considerando décimo de la sentencia del adquem consta (del razonamiento judicial) que la investigación desarrollada por la Defensoría del Pueblo ha sido realizada dentro del ámbito de sus facultades competenciales dadas por la CRE y el ordenamiento jurídico interno, habiendo Fernando Mauricio Encalada Parrales, comparecido dentro de tal investigación y ejercido medios de defensa e incluso el derecho a recurrir, de lo cual el avance de la investigación y los resultados de la misma han sido de su conocimiento, particularmente las conclusiones que dicen:

1. Aceptar la queja presentada por el señor Michael Andrés Arce Méndez, en contra del señor Teniente FERNANDO MAURICIO ENCALADA PARRALES, Instructor Oficial de la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro.
2. Declarar que el señor Teniente FERNANDO MAURICIO ENCALADA PARRALES, Instructor Oficial de la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro, vulneró el derecho a la integridad personal, el derecho a la igualdad y no discriminación racial y el derecho a la educación que constitucionalmente le son reconocidos al señor Michael Andrés Arce Méndez.
3. Exhortar al Ministerio de Defensa Nacional y a la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro que se inicie el proceso correspondiente en contra del señor teniente FERNANDO MAURICIO ENCALADA PARRALES, Instructor Oficial de la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro, para que por serias vulneraciones a derechos humanos sea sancionado de manera razonable y proporcionalmente. Esta Dirección recomienda que por dichas violaciones sea separado de las Fuerzas Armadas ecuatorianas.

4. Declarara que la Defensoría del Pueblo realizará vigilancia al debido proceso del proceso interno sancionatorio (Sic)
5. Declara a la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro por intermedio de sus directivos como responsables de las vulneraciones de los derechos del señor Michael Andrés Arce Méndez por la omisión de procesos internos de respeto y sanción oportunos.
6. Exhortar a la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro y al Ministerio de Defensa Nacional que en cumplimiento de las disposiciones constitucionales e internacionales implementen programas y políticas tendientes a erradicar la discriminación de las escuelas militares del país y garantizar el respeto a los derechos humanos, para lo cual la Defensoría del Pueblo se pone a su disposición para cualquier sustento técnico que sea requerido para brindar apoyo a la construcción e implementación de las mismas.
7. Remitir la investigación al Ministerio Público por existir indicios y evidencias de actos delictivos que implican violación en materia de derechos humanos, en este caso por el cometimiento de actos de tortura, trato cruel e inhumano y degradante de parte del señor teniente FERNANDO MAURICIO ENCALADA PARRALES, Instructor en contra del señor MICHAEL ANDRES ARCE MENDEZ.¹⁹
8. Reservar el derecho de esta Dirección Nacional para continuar trámites Defensoriales en relación a posibles vulneraciones a derechos en el interior de la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro en contra de otros y otras estudiantes en relación a la información obtenida mediante entrevistas directas y reservadas.
9. Dejar a salvo el ejercicio de los derechos y acciones administrativas y/o judiciales de las que se crean asistidas las partes.²⁰ (Sic)

¹⁹ Este punto la Resolución Defensorial constituye notitia criminis del presunto delito de odio, y, aunque se equivoca en la remisión de su contenido al Ministerio Público, órgano inexistente, debe considerarse que la prosecución penal en delitos de acción pública, por determinación del artículo 195 CRE corresponde a la Fiscalía General del Estado, órgano que ejerce de modo monopólico este tipo de acción.

Como se ha precisado, esta mera disconformidad propuesta por el señor Fernando Mauricio Encalada Parrales, carece de sustancia casacional. No obstante, se ha de insistir que este medio impugnatorio es extraordinario y técnico porque acusa el error in iudicando, esto es la aplicación de la ley en la sentencia del Tribunal de apelación, yerro que puede suscitarse sobre la base de tres causales: errónea interpretación, contravención expresa; e/o, indebida aplicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 349 CPP, ultractivo para esta causa.

El recurrente ha escogido la causal de indebida aplicación, que, desde la técnica jurídica, exige una proposición jurídica completa, conforme la doctrina y la jurisprudencia reiterativa de la Corte Nacional de Justicia²¹; significando que el recurrente al momento de formular el agravio (la base del recurso), tiene que establecer dos premisas: por un lado, la norma jurídica incorrecta, y, por otra parte, cuál es la norma correcta.

En la especie, el recurrente no ha señalado esta proposición jurídica completa, se ha limitado a expresar una vulneración (genérica) de los artículos: 76.7 CRE, 83 CPP; y, en la réplica, vulneración del inciso segundo del artículo 119 CPP. En suma, el recurso de casación planteado por señor doctor Miguel Arias en defensa de los intereses del señor Fernando Mauricio Encalada Parrales, carece de sustancia, por deficientemente articulado conforme los considerandos expuestos ut supra; tratándose de una mera disconformidad carente de causal, carente de norma, ya sea sustantiva, adjetiva o constitucional válida; convirtiéndose en un alegato propio de tercera instancia ya que se ha pretendido soterradamente una revaloración de prueba, proposición que está proscrita por el artículo 349 CPP, que impide que el Tribunal de casación revalore la prueba, ya que es el Tribunal de juicio el que, por el principio de soberanía, el que tiene la capacidad de decidir la causa porque ante él se practica la prueba, ergo, en casación no se practica prueba, por lo tanto este Tribunal no tiene facultad competencial para tal actividad valorativa.

²⁰ La Resolución Defensorial no constituye requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal pública por delito de odio, tal cual ha sucedido en esta causa.

²¹ Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Proceso penal nro. 1612-2015 seguido en contra de María Teresa Lara por delito de usura.

El informe (resolución) Defensorial no constituye, de forma alguna, un informe pericial, por lo tanto no es aplicable el inciso segundo del artículo 119 CPP, que ha sido fundamentado e introducido por la defensa del recurrente, mediante réplica, como sustento de la casación.

El informe Defensorial, conforme consta del razonamiento judicial, expresado en el numeral décimo de la sentencia del Tribunal adquem (*intitulado: Análisis de las fundamentaciones en relación a la prueba y su valoración*), en lo procesal, ha ingresado en el debate por dos vías: a. como documento; y, b. principalmente como prueba testimonial a partir de las atestaciones de los funcionarios que lo elaboraron, quienes han comparecido a juicio y han sido examinados y contra examinados por las partes procesales.

Del mismo modo, se ha de considerar que el informe (resolución) Defensorial ha sido ampliamente debatido, tanto en Defensoría del Pueblo²² y dentro de este proceso penal²³, habiendo sido sometido a examen y contra examen en audiencia de juicio en que el acusado ha ejercido todos los medios que han estado a su alcance para defenderse y debatir, habiendo sometido dicho informe a impugnación, tanto en Defensoría y también en juicio.

El sistema procesal penal del Ecuador, mantiene el principio de "*numerus apertus*" conocido también como "*principio de libertad probatoria*", que significa que se puede probar a través de cualquier medio en tanto no esté prohibido o sea contrario a instrumentos internacionales de derechos humanos, Constitución de la República del Ecuador y las leyes.

En el caso concreto, no se evidencia elementos constitutivos de prueba ilícita. Por tanto no hay infracción al artículo 76.4 CRE, artículo 83 CPP; consecuentemente no amerita el argumento propuesto por el recurrente, señor Fernando Mauricio Encalada Parrales.

La conducta que ha sido atribuida en condena al justiciable, por la fecha de su perpetración, se encuentra descrita en el artículo 212.5 CP y actualmente en el artículo 177 COIP

²² Conforme el razonamiento judicial del tribunal adquem, constante en numeral décimo, la resolución Defensorial suscrita por Carla Patiño, fue ratificada a través de recurso de revisión por parte del Defensor del Pueblo Adjunto.

²³ El tribunal adquem establece que los funcionarios de la Defensoría del Pueblo que realizaron la investigación relacionada han comparecido a juicio a declarar conforme examen y contra examen realizado por las partes procesales.

Superado este requisito previsto en la primera disposición transitoria del COIP²⁴, corresponde establecer si existe condiciones de favorabilidad, ya en el tipo o en la medida de la pena, y en prescindencia de alegato de parte, este Tribunal de casación, ex officio, se pronuncia al respecto, y considera que la conducta que se le ha atribuido al justiciable, prevista en el artículo 212.5 CP, no ha sido suprimida del catálogo de delitos del COIP, encontrándose en la descripción típica del artículo 177 que dice:

Actos de odio.- La persona que cometa actos de violencia física o psicológica de odio, contra una o más personas en razón de su nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad, estado de salud o portar VIH, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Si los actos de violencia provocan heridas a la persona, se sancionará con las penas privativas de libertad previstas para el delito de lesiones agravadas en un tercio. Si los actos de violencia producen la muerte de una persona, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

La descripción penal actual y la consecuencia en la determinación en abstracto de la medida de la pena, trae tres supuestos de hecho:

- a. Actos de violencia física o psicológica de odio, contra una o más personas en razón de su nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad, estado de salud o portar VIH, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

²⁴ 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.

- b. Si los actos de violencia provocan heridas a la persona, se sancionará con las penas privativas de libertad previstas para el delito de lesiones agravadas en un tercio.
- c. Si los actos de violencia producen la muerte de una persona, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

El asambleísta al elaborar el tipo penal considera que los motivos de perpetración del delito radica en la discriminación que realiza el sujeto activo en contra del pasivo ya por su nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad, estado de salud o portar VIH, detrás de lo cual existe una clara afectación al principio de igualdad (material y formal) previsto en el artículo 66.4 CRE que dice:

Se reconoce y garantizará a las personas:

(...) 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. (...)

La igualdad formal es la igualdad ante la ley, en tanto que la igualdad material se asume como el derecho a la igualdad en la ley sin que sea, por tanto, legitima la discriminación en las relaciones sociales, ya sea por razones étnicas, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad, estado de salud o portar VIH. De modo que, para el tipo penal in comento, el núcleo que describe la discriminación es amplio y prevé razones:

- a. Étnicas
- b. Lugar de nacimiento
- c. Edad (condición etaria. P.e. niños, ancianos, etc.)
- d. Sexo
- e. Identidad de género u orientación sexual
- f. Identidad cultural
- g. Idioma
- h. Religión
- i. Condición económica
- j. Condición migratoria

- k. Discapacidad
- l. Estado de salud o portar VIH

Corresponde al Estado (constitucional de derechos y justicia conforme el art. 1 CRE) promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los colectivos sean reales y efectivas; debe por tanto remover los obstáculos que impidan o disminuyan su ejercicio, debiendo facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

En tal sentido, la igualdad material tiene dos dimensiones: a. como punto de partida, entendida como la no discriminación del individuo en el ejercicio y desarrollo de sus derechos en la organización social; y, b. como punto de llegada o una meta de realización de la calidad de vida y de igual satisfacción de las necesidades humanas básicas.

La igualdad ante la ley exige el reconocimiento en las normas jurídicas del principio de no discriminación, lo que opera de dos formas, ya sea: a. implícita, a través de fórmulas repetidas en los textos de instrumentos internacionales de derechos humanos²⁵ y en los textos constitucionales²⁶; y, b. explícita, cuando se prohíbe cualquier forma de discriminación.²⁷

En el tipo penal, en análisis, el principio de no discriminación es amplio al prever una gran gama de factores que no solo se reducen a lo étnico. No obstante, el tipo, para la determinación de la medida la pena en

²⁵ Artículos 1, 3, 4 y 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

²⁶ Art. 11.2 CRE. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

(...) 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. **La ley sancionará toda forma de discriminación.** El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

²⁷ Artículo 2.1. de la Declaración Universal de Derechos Humanos

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

abstracto se subordina a resultados lesivos, previéndose: en el primer inciso (supuesto de hecho) actos de violencia física (sin lesiones) y psicológica; en tanto que en el segundo supuesto, se relaciona con las lesiones físicas ocasionadas al sujeto pasivo; y, finalmente, en el tercer supuesto, se lo relaciona con el resultado muerte ocasionado a la víctima del delito.

El artículo 212. 5 CP, ultractivo para este caso y atribuido judicialmente a Fernando Mauricio Encalada Parrales, dice:

“Será sancionado con prisión de seis meses a dos años el que cometer actos de violencia moral o física de odio o desprecio contra una o más personas en razón del color de su piel, raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad.

Si de los actos de violencia a que se refiere este artículo resultare herida alguna persona, los autores serán sancionados con prisión de dos a cinco años. Si dicho actos de violencia, produjeren la muerte de una persona, sus autores serán sancionados con reclusión de doce a dieciséis años”.

Este tipo penal describe tres supuestos de hecho y construye escala penal diferenciada, considerando:

- a. Actos de violencia moral o física por odio (sin resultado) punido con prisión de seis meses a dos años.
- b. Actos de violencia por odio con resultado lesiones, punido con prisión de dos a cinco años.
- c. Actos de violencia por odio con resultado muerte, punido con reclusión de doce a dieciséis años.

En la parte resolutive de la sentencia del adquem, se declara a Fernando Mauricio Encalada Parrales, autor del delito tipificado y sancionado en el artículo 212.5 CP, precisándose que por subsunción le corresponde la conducta determinada en el inciso primero cuya punición oscila entre seis meses (piso) y dos años de prisión (techo).

Del cotejo entre ley penal anterior (inciso primero del art. 212.5 CP) y ley penal posterior (inciso primero art. 177 COIP) se establece que la medida de la pena (en abstracto) ha aumentado, con un piso de un año y un techo de tres años. Por lo que, de esta comparación de leyes penales, se determina un aumento en la medida de la intervención penal. Consecuentemente no hay condiciones de favorabilidad, sobre el tipo y la pena, no obstante, se advierte yerro, al momento de fijar judicialmente la pena congrua ya que el Tribunal Adquem, estima que se encuentran comprobados conforme a derecho los elementos constitutivos del tipo penal (art. 212.5 CP) y que además concurren las circunstancias atenuantes de los numerales 6 y 7 del artículo 29 CP, fijándose la pena en cinco meses y veinticuatro días, cuando de este cálculo, en los términos planteados en sentencia, el marco legal posibilitaba que la pena pueda ser rebajada hasta ocho días.

Al respecto se ha de considerar que la pena en abstracto está dada por el asambleísta que la plasma en la ley y que la noción de lesividad le ha llevado a definir su cantidad adecuada (quantum) que sirve de límite para la imposición por el juzgador en el caso concreto a partir de las normas jurídicas dadas por el asambleísta que consagra el principio de legalidad a partir del cual el órgano jurisdiccional juez lo aplica caso a caso, con sus particularidades fácticas y jurídicas propias, que diferencian un caso de otro, por lo que no cabe la aplicación de la analogía²⁸ porque las leyes penales no pueden ser aplicadas a supuestos distintos de aquellos para los que están previstos.²⁹

²⁸ Enrique Bacigalupo, *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, Buenos Aires, José Depalma Editores, 1999, p. 76 y sgtes. La aplicación de las leyes penales está condicionada por cuatro prohibiciones:

- a) La prohibición de cláusulas generales.
- b) La prohibición de aplicación analógica.
- c) La prohibición de aplicación retroactiva.
- d) La prohibición de fundamentación de la condena en derecho diverso del surgido de la ley en sentido formal.

Véase también: Eugenio Zafaroni, *En Busca de las Penas Perdidas (Deslegitimación y Dogmática Jurídico-Penal)*, AFA, Lima, s.f., p. 21. No cabe la descripción vaga de los delitos porque aquello se presta para el abuso.

Fernández Carrasquilla Juan, *Derecho Penal Fundamental*, Temis, Bogotá, 1995, t. II, p. 3

Jacobo López, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, España, Civitas, 2010, pp. 143- 149, El autor trata del principio de legalidad dentro de los principios básicos del Derecho Penal y establece sus características:

- a) lex certa,
- b) lex scripta,
- c) lex stricta,
- d) lex previa.

La medida de la pena es parte del debido proceso y se desarrolla a partir del artículo 76.6 CRE que dice:

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:

(...) 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza...

Esta limitación constitucional al ius puniendi luego se desarrolla en el esquema normativo legal sustantivo³⁰ que es la base para la dictación de la justa medida de la pena por el órgano jurisdiccional en el caso concreto. Por tanto, la proporcionalidad de la pena tiene una doble dimensión: ya como una técnica legislativa (pena en abstracto) o como una facultad jurisdiccional (pena en concreto).³¹

²⁹ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 122-125.

La analogía no es propiamente una forma de interpretación de la ley, sino de aplicación de la misma, de lo que se trata en analogía es que, una vez interpretada la ley (es decir, una vez establecidos los supuestos que contiene), se extienden sus consecuencias a otros no contenidos, pero similares.

³⁰ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho, Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 93.

Estos diez axiomas son:

- A1. Nulla Poena sine Crimine.
- A2. Nullum Crimen sine lege.
- A3. Nulla lex (poenalis) sine necessitate.
- A4. Nulla Necesitas sine iniuria.
- A5. Nulla iniuria sine actione.
- A6. Nulla actio sine culpa.
- A7. Nulla culpa sine iudicio.
- A8. Nullum iudicium sine accusatione.
- A9. Nulla Accusatione sine probatione.
- A10. Nulla Probatio sine defensione.

³¹ Santiago Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Editorial Repertor, 8ª. Ed, 2012, p. 721. El autor establece tres formas de determinación de la pena: abstracta, por el legislador; judicial, por el juez en el caso concreto; y penitenciaria, en el régimen de cumplimiento de la pena una vez declarada en juicio.

La Corte Constitucional (para el período de transición) en la sentencia número 006-12-SCN-CC, caso número 0015-11-CN considera que la proporcionalidad de la pena es una técnica legislativa que determina la medida de la sanción privativa de la libertad mediante la norma sustantiva penal, y dentro de éstos parámetros se debe determinar la medida de la pena considerando un mínimo (piso) y un máximo (techo) que el Juez debe determinar y motivar en el caso concreto.³²

La jurisprudencia reiterativa de Corte Nacional de Justicia³³, sobre la determinación judicial de la pena (en concreto) ha establecido que para la atribución de responsabilidad es necesario, y la fijación de la pena, se requiere, en su orden:

1. La comprobación conforme a derecho del delito (art. 212.5 CP, primer inciso).
2. La concurrencia de circunstancias atenuantes (art. 29 CP) y/ o agravantes (art. 30 CP)
3. La determinación del grado de participación penal individualizada (autor, cómplice, encubridor)

Al primer requisito se lo denomina juicio de tipicidad, cuando para fines del reproche penal al sujeto activo, el tribunal debe justificar (de modo razonable, lógico y comprensible) la forma en que se ha probado conforme a derecho los elementos constitutivos del tipo penal previsto en el primer inciso del artículo 212.5 CP, conclusiones a las que se llega luego de aplicar la subsunción en el caso concreto, tal y como se evidencia en el numeral décimo de la sentencia.

No obstante, el tribunal adquem pasa por alto la existencia de ensañamiento, circunstancia agravante genérica prevista en el numeral primero del artículo 30 CP, cuando este no es constitutivo o modificadorio de la infracción. De modo que, en concurrencia de las circunstancias atenuantes de los numerales 6 y 7 del artículo 29 CP, éstas se neutralizan en su efecto pro reo, en concurrencia de una agravante genérica, (ensañamiento) impidiendo la aplicación del artículo 73 CP³⁴, y la modulación de la pena privativa de libertad en los

³² Véase en: www.corteconstitucional.gob.ec

³³ Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Proceso Penal Nro. 338-2012 seguido en contra de Galo Lara por delito de homicidio calificado.

³⁴ **Art. 73.-** Si hay dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante no constitutiva o modificatoria de infracción, las penas correccionales de prisión y multa serán reducidas,

términos fijados en la sentencia del tribunal adquem, que sin mayor análisis llega a la conclusión de pena cumplida, por ser ese el tiempo de duración de la medida cautelar dispuesta en contra de Fernando Mauricio Encalada Parrales, hasta el momento de realización de la audiencia de juicio, en que se ratificó su inocencia por el tribunal aquo y recobró su libertad.

Por tanto, se evidencia error in iudicando por contravención expresa de los artículos 30.1 y 73 CP y 76.6 CRE por lo que la pena congrua en el caso concreto, atribuida a Fernando Mauricio Encalada Parrales, en calidad de autor del delito tipificado y sancionado en el primer inciso del artículo 212.5 CP es la de seis meses de prisión. No obstante, por efecto de la garantía de non reformatio in pejus, prevista en el artículo 77.14 CRE³⁵, que obliga a no empeorar la situación jurídica del recurrente, la medida de la pena no se modifica en peor.

Finalmente, ex officio este Tribunal considera que la persona que ha sido procesada en esta causa penal es el ciudadano Fernando Mauricio Encalada Parrales, a quien se le ha atribuido condena, siendo que las personas jurídicas de derecho público, en este caso las Fuerzas Armadas del Ecuador, no han sido sujetos de procesamiento penal por no posibilitarlo la ley penal anterior (CP) que mantenía un esquema de responsabilidad personal individual entre autoría, complicidad y encubrimiento. Mientras que ley penal posterior (art. 49 COIP³⁶) no

respectivamente, hasta a ocho días y seis dólares de los Estados Unidos de Norte América, y podrán los jueces aplicar una sola de estas penas, separadamente, o reemplazar la de prisión con multa, hasta de doce dólares de los Estados Unidos de Norte América, si solo aquella está prescrita por la Ley.

³⁵ Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

(...) 14. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre. (...)

³⁶ Art. 49.- Responsabilidad de las personas jurídicas.- En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas.

La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito.

permite el procesamiento de personas jurídicas de derecho público sino de derecho privado. Por tanto, se advierte que un rasgo característico del derecho penal liberal es la determinación por la que la pena es personal, de lo cual la reparación inmaterial derivada de este proceso, es de responsabilidad de Encalada Parrales quien ha de ofrecer disculpas a Michael Andrés Arce Méndez en un acto público de amplia difusión y no en ceremonia militar.

En conclusión, la sentencia del adquem, contiene un juicio de tipicidad que motiva (sostiene) su decisión de condena, cumpliendo con la exigencia del artículo 76.7.I CRE y el principio de razón suficiente ³⁷ por el que se ha analizado: a. el material probatorio en que se fundan las conclusiones de condena, describiendo el contenido de cada elemento de prueba relevante sin (requisito descriptivo) sin que el informe (resolución) Defensorial sea el único medio de prueba sino los testimonios de los funcionarios que lo elaboraron y luego comparecieron a juicio a declarar bajo examen y contra examen; y, b. se ha valorado este acervo probatorio para ligarlo con las afirmaciones o negaciones que se incorporan en el fallo (requisito intelectual), principalmente considerando el principio de *numerus apertus* por el que las partes tienen libertad probatoria, siendo que el delito de odio (inciso primero, art. 212.5 CP) se puede probar a través de cualquier medio en tanto éste no sea contrario al ordenamiento jurídico. Por tanto, la decisión judicial del adquem supera el test de motivación, al ser razonable, lógica y comprensible. ³⁸

4. RESOLUCIÓN

Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, por unanimidad declara improcedente el recurso de casación formulado por la defensa técnica de Fernando Mauricio

No hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica.

³⁷ Tomás Gálvez, *Nuevo Ordenamiento Jurídico y Jurisprudencia*, Ideas Editorial, Perú, 2015, T.II, p. 279

³⁸ Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia 030-15-SEP-CC, caso 0849-13-EP, 4 de febrero de 2015.

Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Sentencia de casación nro. 867-2014

Encalada Parrales. Ex officio se declara error in iudicando por errónea interpretación de los artículos 29.6 y 7, 30.1 y 73 del Código Penal en relación con el artículo 76.6 de la Constitución de la República del Ecuador al fijarse la medida de la pena congrua en el caso concreto, cuando en concurrencia de dos circunstancias atenuantes y una agravante, se impedía de la modificación de la pena, de lo cual la justa medida es la de seis meses de prisión correccional; más por efecto de la garantía de non reformatio in pejus, se deja la pena en el orden de cinco meses, veinticuatro días que ha sido fijada por el tribunal adquem. La reparación inmaterial consistente en las disculpas que debe ofrecer Fernando Mauricio Encalada Parrales a Michael Andrés Arce Méndez, se ha de realizar en acto público y no en ceremonia militar, conforme se deja explicado infra. De esta manera se atiende también el pedimento realizado el día 5 de julio de 2016, las 14:51 por Fernando Mauricio Encalada Parrales. Devuélvase el proceso al órgano jurisdiccional de origen, para los fines de ley. **NOTIFÍQUESE.** - f) Dr. Edgar Flores Mier, **CONJUEZ NACIONAL** f) Dra. Zulema Pachacama Nieto, **CONJUEZ NACIONAL**; f) Dr. Richard Villagómez Cabezas, **CONJUEZ NACIONAL. PONENTE** - Certifico: f) Dra. Ximena Quijano Salazar, Secretaria Relatora.

CERTIFICO: Las quince (15) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito, 23 de noviembre del 2016



Dra. Ximena Quijano Salazar
SECRETARIA RELATORA