



REGISTRO OFICIAL[®]

ÓRGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

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

EDICIÓN JURÍDICA

Año I - Nº 176

**Quito, jueves 3 de
mayo 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

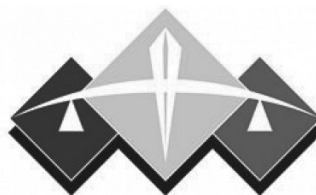
Suscripción anual:
US\$ 400 + IVA para la ciudad de Quito
US\$ 450 + IVA para el resto del país

Impreso en Editora Nacional

150 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. 2017-0041-CNJ-SPPMPPT-
PS

**R2451-2016, R2452-2016, R2472-2016,
R2473-2016, R2474-2016**



OFICIO No. 2017-0041-CNJ-SPPMPPT-PS
Quito, 30 de mayo de 2017

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

Señor Director:

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

| CASO | RESOLUCION 2016 |
|---------------|-----------------|
| 0808-2015-SSI | 2451 |
| 1637-2016-MJF | 2452 ✓ |
| 0266-2016-VRV | 2472 ✓ |
| 0058-2016-JBC | 2473 ✓ |
| 0639-2015-VRV | 2474 ✓ |

Particular que comunico a usted para los fines legales pertinentes.

Muy atentamente.-

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

CASO No. 0808-2015
RESOLUCION No. 2451-2016
RECURSO: APELACION
PROCESADO: CÉSAR PICO LEÓN, OSCAR LANATA ÁLAVA, Y
FREDDY MACÍAS NAVARRETE
DELITO: TRAFICO DE INFLUENCIAS.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

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

Juicio No. 0808-2015

Recurso de Apelación

JUEZA NACIONAL PONENTE: Dra. Sylvia Sánchez Insuasti

Quito, viernes 23 de diciembre de 2016, a las 12h51.-

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

I. ANTECEDENTES

1.1 ANTECEDENTES PROCESALES.-

1.1.1 Fiscalía General del Estado, formuló cargos en contra de César Pico León, Oscar Lanata Álava, ex juez de primera instancia, y Freddy Macías Navarrete, ex juez provincial, por el delito de tráfico de influencias, previsto en el artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal. Más tarde, por la comisión del mismo delito, Fiscalía vinculó a Edgar Flores Gonza, Rodrigo Serrano Valarezo y María Augusta Sánchez Lima, jueces provinciales del Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial del Justicia de Pichincha.

1.1.2 En sentencia de 22 de octubre de 2015, las 09h05, la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional, acepta el acuerdo alcanzado entre Fiscalía General del Estado y César Pico León, por lo que se acepta el sometimiento del procesado al procedimiento abreviado y se le declara,

simultáneamente, culpable, como autor directo de la conducta típica prevista en el artículo 286 del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndole la pena de dieciséis meses de privación de la libertad; además, al pago de una multa de doce salarios básicos unificados del trabajador en general, conforme a lo prescrito en el artículo 70.7 ibídem.

1.1.3 En la etapa de evaluación y preparatoria del juicio, Fiscalía acusó a Oscar Lanata Álava, Freddy Macías Navarrete y Edgar Flores Gonza; y, emitió dictamen abstentivo a favor de Rodrigo Serrano Valarezo y María Augusta Sánchez Lima. Todos los procesados acusados fueron llamados a juicio.

1.1.4 El Tribunal de Garantías Penales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los doctores Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional Ponente, doctor Richard Villagómez Cabezas, Conjuez Nacional y el doctor Vicente Robalino Villafuerte, Ex Juez Nacional, dictó sentencia condenatoria, el 11 de enero de 2016, las 10h27, en contra de Oscar Enrique Lanata Álava y Freddy Mauricio Macías Navarrete, como autores del delito de tráfico de influencias, en el grado de tentativa, tipificado y sancionado en el artículo 285 del Código Penal, en concordancia con el artículo 39 ibídem; por lo que les impone la pena de TREINTA MESES DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD, sin atenuantes a su favor, por existir la agravante del artículo 47.5 del Código Orgánico Integral Penal. Además, les condena al pago de una multa individual de doce salarios básicos unificados del trabajador en general. Se ordena el comiso de los bienes incautados a los sentenciados al momento de la detención. Se declara ha lugar la reparación integral¹.

Respecto de Edgar Flores Gonza, la etapa de juicio se encuentra suspensa, por encontrarse prófugo.

1.1.5 De esta sentencia, los procesados señores Oscar Enrique Lanata Álava y Freddy Mauricio Macías Navarrete, interpusieron oportunamente recurso de apelación. Por la fecha en la que se impugnó la sentencia de primera instancia, corresponde aplicar el Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014.

¹ Expediente de la Corte Nacional de Justicia, 10mo cuerpo, fs. 898-947 vta.

1.2 ANTECEDENTES FÁCTICOS.-

1.2.1 El 3 de junio del 2015, el doctor Oscar Enrique Lanata, Juez de primer nivel que conoció y resolvió la causa 4024-2014, que por expropiación se seguía en contra de la empresa INMOPLAZA (parte demandada), contactó vía whatsapp al abogado Oscar Pico Solórzano, patrocinador de la persona jurídica INMOPLAZA, diciéndole: *“Mijo, un pana quiere hablar contigo por el caso INMOPLAZA. Es algo bueno”*.

1.2.2 El 4 de junio de 2015, al medio día aproximadamente, en la ciudad de Quito, el abogado en libre ejercicio Oscar Pico Solórzano, recibió una llamada telefónica del señor César Pico León, en la que le ofrecía, a cambio de una suma de dinero, conseguir una sentencia favorable dentro de la causa 4024-2014, que en ese momento se tramitaba ante el tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, integrado por los doctores Edgar Flores Gonza (ponente), Rodrigo Serrano Valarezo y la doctora María Augusta Sánchez Lima, Jueces Provinciales.

1.2.3 En reunión de 12 de junio de 2015, las 18h00 aproximadamente, realizada en el Hotel Marriot, en la ciudad de Quito, el señor César Pico León, le indicó al señor Oscar Pico Solórzano, un borrador de la sentencia de segunda instancia en el caso INMOPLAZA, la que le sería favorable, gracias a sus influencias y a las del doctor Freddy Macías Navarrete, juez de la Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, siempre que cancelara la suma de ciento diez mil (110.000) dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Los señores César Pico León y Oscar Pico Solórzano, se reunieron en diferentes ocasiones, en el Hotel Marriot, para finiquitar la entrega del dinero.

1.2.3 La cantidad solicitada al señor Oscar Pico Solórzano, correspondía a un porcentaje de la diferencia entre lo mandado a pagar a INMOPLAZA en primera instancia y lo que obtendría en segunda instancia, beneficio económico que se repartiría entre Oscar Enrique Lanata Ávala –

Juez de la Unidad Judicial Civil de Pichincha-, Edgar Flores Gonza –Juez provincial ponente de la causa 4024-2014- y Fredy Macías Navarrete –Juez provincial de la Sala Laboral-, amigo y compañero de Edgar Flores Gonza.

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

1.3.1 Oscar Enrique Lanata Álava²

El abogado Mario Bedoya Ullauri, defensor técnico del procesado, señor Oscar Enrique Lanata Álava, fundamenta el recurso de apelación propuesto, manifestando en lo principal que:

- El procesado César Pico León, haciendo uso de una credencial falsa de la Presidencia de la República, comparecía a las Unidades judiciales para presionar la resolución de procesos; fue él quien tomó contacto con el señor Oscar Lanata, para solicitarle el número de teléfono del abogado Oscar Pico Solórzano, defensa técnica de una de las partes procesales dentro del proceso INMOPLAZA. Oscar Lanata y César Pico León, se conocían por proceder ambos de la ciudad de Guayaquil y ser ex compañeros de la Universidad Católica de Guayaquil. Con este antecedente, Oscar Lanata le envía un mensaje de whatsapp a su amigo y conocido Oscar Pico, diciéndole: “*Un abogado quiere hablar sobre el asunto del juicio de INMOPLAZA*”. Esa fue la única participación del señor Oscar Lanata.
- Fiscalía General del Estado acusó a Oscar Lanata, en calidad de co-autor, al considerar que había coadyuvado a la ejecución del presunto tipo penal, mientras que el tribunal de juicio le declaró autor directo, de conformidad con el artículo 42.1 del Código Orgánico Integral Penal.
- La falta de motivación de la sentencia del tribunal juzgador, que viola el artículo 76.7.1) de la Constitución de la República del Ecuador, consiste en no expresar la valoración exacta de la prueba presentada tanto por Fiscalía, como por la defensa de los procesados. Ni siquiera se toma en cuenta que cuando Oscar Lanata envía el mensaje de whatsapp, éste no tiene relación alguna con el verbo rector del tipo penal del artículo

² Expediente de la Corte Nacional de Justicia, acta de la audiencia de fundamentación del recurso, fs. 91-93

285, esto es, tráfico de influencias. Ninguno de los 10 testigos presentados por Fiscalía, incrimina al señor Oscar Lanata Álava, por el contrario, el principal testigo, el denunciante Oscar Pico Solórzano, en su testimonio rendido en audiencia de juicio, a

las preguntas que se le formularon, señaló: **P.-** Indique usted si el abogado Oscar Lanata le habló sobre cambiar la sentencia; **R.-** No; **P.-** Indique si el abogado Lanata le habló de influenciar en el tribunal de apelación del caso INMOPLAZA, para cambiar el valor que se ordenó pagar en la sentencia de primera instancia; **R.-** No, jamás; **P.-** ¿Le dijo el abogado Oscar Lanata, que era su amigo César Pico León, quien le iba a subir el valor de la sentencia?; **R.-** No, solo me dijo que César Pico León quería hablar conmigo sobre ese juicio.

- Fiscalía presentó dentro de sus testigos a expertos en informática, quienes mediante videos, transcripciones y audiencias reservadas, determinaron que: *“Oscar Lanata, para qué vamos a interceptar, si no hay información sobre esos teléfonos”*.
- En la audiencia preparatoria de juicio, se solicitó la exclusión del testimonio de César Pico León, pedido que no fue concedido. En audiencia de juzgamiento, cuando se le pregunta a César Pico León sobre Oscar Lanata, dice: *“Sí, él me dio el número de teléfono de Oscar Pico Solórzano a pedido mío”*; cuando se le pregunta si Oscar Lanata estaba involucrado en el cambio de decisión en la sentencia, dice: *“No, eso no”*; y al preguntarle si Oscar Lanata iba a participar en el beneficio económico solicitado a César Pico, dice: *“No, a mí me refirió el doctor Freddy Macías”*.
- La doctora María Augusta Sánchez Lima, jueza provincial que integraba el tribunal que debía resolver en caso INMOPLAZA, al interrogatorio realizado por esta defensa dijo que: *“No conoce a Oscar Lanata, jamás ha pretendido influenciar en una sentencia, no ha comparecido a la Corte [Provincial], ni sé quien es, a pesar de ser judiciales en la misma sentencia”*; en el mismo sentido, la doctora Lupe Vintimilla, Secretaria de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, refirió: *“Veo todo el movimiento de la Sala, como llega el expediente, los proyectos de sentencia, pobrecito, él que hace aquí, no yo no lo conozco, jamás ha estado por el archivo, no lo conozco”*. El auxiliar del doctor Edgar Flores, ayudante judicial Rolando Mena, en su

testimonio señala claramente que: *“Jamás el abogado Oscar Lanata, ni siquiera lo conoce y peor que haya tenido que ver con el movimiento de ese proyecto de sentencia”*.

- En la prueba que actuó Fiscalía oportunamente, se encuentran los seguimientos policiales, las reuniones en el hotel Marriot, reuniones en el vehículo marca Hummer del señor César Pico León y en ninguna de ellas participó el señor Oscar Lanata Álava, lo que desvirtúa el criterio de que actuó en forma directa o en el dominio del acto, o como cómplice, según prescribe el artículo 43 del Código Orgánico Integral Penal.
- Para la imposición de la pena, no se han considerado las atenuantes, a pesar de que los señores jueces sentenciadores indican la existencia de una, sin especificar cuál, lo que constituye una violación al artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal. El señor Oscar Lanata acreditó dos circunstancias atenuantes que debían ser tomadas en cuenta, esto es, las contempladas en el artículo 45.5.6 ibídem, pero por el contrario, se dice que ha concurrido la gravante contenida en el artículo 47.5 del Código Orgánico Integral Penal.
- Solicita se revoque la sentencia apelada y se ratifique el estado de inocencia del señor Oscar Lanata Álava, quien se encuentra libre.

1.3.2 Freddy Macías Navarrete³

El abogado Carlos Poveda Moreno, defensor técnico del procesado, señor Freddy Macías Navarrete, fundamenta el recurso de apelación propuesto, indicando que:

- Debe clarificar que en el Código Orgánico Integral Penal, se abandona el paradigma de la certeza, por el de la convicción, razón por la cual, la valoración de la prueba evacuada en juicio, tiene que realizarse en virtud de elementos de la sana crítica racional.
- Existen numerosos elementos probatorios que el tribunal de juicio no debía considerar, para alcanzar la convicción de la existencia de la infracción y la responsabilidad de los procesados. El primer elemento probatorio, es la vigilancia realizada por miembros de la Policía Nacional, sin que exista autorización de la autoridad jurisdiccional

³ Ibíd., acta de la audiencia de fundamentación del recurso, f. 93 vta., - 95vta.

competente, y que jamás podía ser supervisada por una autoridad policial, ya que esa vigilancia afectaba un derecho fundamental como es la intimidad. Además, de los seguimientos realizados por la policía, se obtuvieron audios y videos, en los que el perito no identificó a personal alguna.

- El segundo elemento probatorio que no debía ser valorado por el tribunal de juicio, es el documento conferido por el Hotel Marriot, lugar donde supuestamente se habían encontrado los señores Oscar Pico Solórzano y César Pico León. Para el caso de medios probatorios documentales expedidos por personas particulares, el principio de legalidad obliga a que quien lo elaboró concurra ante el juez a reconocer el documento; sin embargo, en este caso, no compareció el representante legal de esta empresa.
- El tercer elemento probatorio, es la interceptación de llamadas telefónicas, que se solicitó inicialmente para el abogado Pico León, y para el procesado Oscar Lanata, en la que se realizó un descubrimiento inevitable, que de acuerdo a la doctrina norteamericana, constituye prueba ilícita, con ciertas excepciones, que le exige al sentenciador que justifique y motive su inclusión en el proceso, efectuando una supresión hipotética.
- El cuarto elemento probatorio, es la extracción de voz del señor Freddy Macías Navarrete, grabación que se realizó sin autorización del procesado y mediante engaños, ya que en el centro de privación de la libertad donde está detenido, le pidieron leer un cuento y nunca se le indicó que era con el propósito de obtener un registro público de su voz.
- Para los señores jueces del tribunal de primera instancia, la relación personal entre Freddy Macías Navarrete y los demás involucrados en el presente caso, queda establecida con el testimonio del funcionario judicial Rolando Javier Mena Fernández, ayudante del doctor Edgar Flores Gonza. Según el testimonio de Rolando Mena, Edgar Flores Gonza le había pedido que si le interrogaban, indicara que no le vio con Freddy Macías, cuando eso sí había sucedido, en dos ocasiones. Para sustentar su razonamiento, el tribunal a quo acude a las conjeturas, que no son medios probatorios idóneos para establecer una sentencia condenatoria, puesto que reunirse entre jueces no está prohibido.

- En cuanto al testimonio de César Pico León, el tribunal a-quo, no señala bajo qué parámetros analizó este medio probatorio, que fue solicitado dentro del acuerdo en el que Fiscalía aceptó procesar a César Pico León con un procedimiento abreviado. Ya es una práctica cotidiana de Fiscalía aceptar la aplicación del procedimiento abreviado, generando de facto, una cooperación eficaz, bajo la dosificación de la sanción que corresponde al procesado, lo que genera una pena mínima para los que delatan a los demás procesados. El artículo 636 del Código Orgánico Integral Penal no admite que como condición para la aceptación del procedimiento abreviado, se imponga al procesado declarar en otro juicio; además, César Pico León, es un co-procesado, y el tribunal de juicio debió considerar esa situación, porque cómo se le puede dar credibilidad a la una persona que usaba una credencia falsa para hacerse pasar como asesor de la Presidencia de la República. La Resolución No. 002-2016 de la Corte Nacional de Justicia, establece que cuando existe procedimiento abreviado, el procesado no puede beneficiarse de suspensión condicional, es decir, no puede beneficiarse doblemente, que es lo que sucede en el presente caso, en el que César Pico León se benefició del procedimiento abreviado y de una reducción de la pena.
- Para cumplir con el elemento objetivo: *“prevaleciéndose de las facultades de su cargo o de cualquier situación derivada de su relación personal o jerárquica...”*, del tipo del artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal, el tribunal sentenciador utiliza el testimonio del señor Mena, porque él vio dos veces reunidos a Edgar Flores Gonza y Freddy Macías Navarrete, pero no se establece cómo supuestamente Freddy Macías Navarrete influenciaría en los otros dos miembros del tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia que debía resolver por apelación el caso INMOPLAZA. No se cuenta con el testimonio del doctor Flores por encontrarse prófugo y la doctora Sánchez, miembro del tribunal de apelación en el caso INMOPLAZA, dijo que no conoce a Freddy Macías Navarrete, que nunca ha tratado ni ha sido influenciada por él.
- Tal vez, la conducta no se ajusta a tráfico de influencias sino otro tipo delictivo, porque si fácticamente no podía concurrir la influencia, respecto de los otros dos jueces [del tribunal de apelación en el caso INMOPLAZA], no hay dominio del hecho.

- Puede ser que se configure, en el presente caso, un delito imposible, porque de haber existido la supuesta sentencia por la que se estaba pactando un beneficio económico, más tarde podía presentarse recurso de casación. Nunca se expidió la sentencia de segunda instancia en el caso INMOPLAZA, ni hubo influencia de ningún tipo de parte de Freddy Macías Navarrete en contra de sus colegas jueces de Corte Provincial, en tal virtud, no se cumplen los presupuestos del artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal.
- El artículo 285, en la parte medular, prescribe que para que se consume el delito, es necesaria la participación de más de una persona, por lo tanto, este elemento es constitutivo del tráfico de influencias y no podía valorarse como agravante, prevista en el artículo 47.5 del Código Orgánico Integral Penal. Entonces, como la agravante ha sido indebidamente aplicada por el tribunal de primera instancia, sí cabe la aplicación de atenuantes de conformidad con el artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal.
- En la sentencia impugnada, se les negó a los procesados el derecho a la suspensión condicional de pena, porque se atribuyó que los hechos causaron conmoción pública; y, que al ser funcionarios públicos y administradores de justicia, reunían los requisitos que consagra el artículo 630.3 del Código Orgánico Integral Penal. No es técnicamente viable, de que el mismo tribunal sentenciador, califique la gravedad de la conducta, debería existir otra forma de establecer suspensión condicional, porque quien valora los criterios de culpabilidad, no puede ser el mismo juez de ejecución.
- No todo en el proceso penal debe ser privación de libertad, en un Estado democrático el Derecho Penal es de última ratio, de mínima intervención, y sobre todo, de criterios de igualdad material y principios de proporcionalidad, no es posible que el delator esté libre mientras Freddy Macías Navarrete sigue privado de su libertad.
- Solicita se revise la sentencia, se corrija la aplicación de la sana crítica racional, se ratifique el estado de inocencia del señor Freddy Macías Navarrete y finalmente, que se le devuelva la computadora de uso personal que le fue incautada y que contiene su tesis de maestría.
- De manera subsidiaria, solicita se revise la aplicación de atenuantes, porque Freddy Macías Navarrete, ya ha pagado su condena.

1.3.3 Fiscalía General del Estado⁴

La doctora Cecilia Armas Erazo, Fiscal General subrogante, contesta a los recursos de casación, manifestando en lo principal:

- Respecto al recurso de casación interpuesto por Oscar Lanata Álava, aclara que en la parte expositiva de la sentencia objetada, se encuentran los hechos, los antecedentes, cómo y por qué se inició el proceso, la competencia de los jueces de la Corte Nacional de Justicia, en función del fuero que goza el doctor Freddy Macías Navarrete; en el considerando Quinto, se detallan las pruebas testimoniales y documentales que presentó Fiscalía y la defensa técnica de los procesados, lo que le permitió al tribunal juzgador, luego de un análisis minucioso, alcanzar la convicción de la culpabilidad de los señores procesados doctores Enrique Lanata Álava y Freddy Mauricio Macías Navarrete, razón por la cual, la sentencia se encuentra completamente motivada.
- Todas las pruebas introducidas al proceso fueron legalmente pedidas, ordenadas y practicadas, lo que ya fue discutido ante la doctora Gladys Terán, Jueza Nacional, al anunciar la prueba, resolviéndose no excluir ninguna, entre ellas, la interceptación de llamadas telefónicas.
- En cuanto a la falta de aplicación de atenuantes, que ha sido una alegación tanto del procesado señor Oscar Lanata Álava, como de Freddy Macías Navarrete, en la sentencia recurrida, el tribunal juzgador explica que no ha tomado en cuenta las atenuantes, para modificar la pena, en atención al artículo 45.5 del Código Orgánico Integral Penal.
- En lo que se refiere al recurso de apelación propuesto por el señor Freddy Macías Navarrete, insiste en que la intervención de llamadas telefónicas se realizó a pedido del fiscal Franklin Bravo y con orden judicial emitida por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional. Con la autorización judicial, se procedió a intervenir los teléfonos del abogado Oscar Lanata, y el de Oscar Pico, es entonces cuando este último recibe una llamada del ex juez provincial doctor Freddy Macías Navarrete.
- Todas las pruebas gozan de legalidad y no se han obtenido violando normas

⁴ Ibíd., acta de la audiencia de fundamentación del recurso, f. 7 vta.

constitucionales.

- En la audiencia de juzgamiento, el abogado del doctor Freddy Macías solicitó se excluyan algunas pruebas, entre ellas, el oficio de 11 de junio de 2015, suscrito por el señor Carlos Manuel Barata Franca, apoderado de Marriot International Hotels Inc. Sucursal Ecuador, por medio del cual remitió unos videos que probaban las reuniones mantenidas entre Oscar Pico Solórzano y el doctor Freddy Macías Navarrete.
- La ley permite que haya un procedimiento abreviado, siempre y cuando se cumplan los requisitos que determina la ley y así sucedió con el co-procesado Oscar Pico Solórzano, al que la Fiscalía pidió se imponga la pena de dieciséis meses. El acuerdo para la aplicación del procedimiento abreviado fue calificado y aceptado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional.
- El principio de libertad probatoria, permite que las partes puedan sustentar su teoría del caso en la forma que estimen procedente, siempre y cuando no se vulnere principios constitucionales y legales. En el presente caso, no existe disposición legal alguna que impida a César Pico Solórzano rendir su testimonio, que es una fuente de información y constituye prueba plena, como oportunamente lo afirmó el tribunal juzgador.
- Fiscalía ha demostrado la existencia del delito prescrito en el artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal, lo que incluye el verbo rector, que es parte constitutiva de la conducta, como elemento objetivo del tipo.
- La suspensión de la pena solicitada por los procesados, fue rechazada motivadamente, para ello, el tribunal de primera instancia elaboró un amplio análisis doctrinario, expresando las razones por las cuales no concedían el pedido de los acusados, lo que está muy bien explicado en las hojas finales del fallo.
- Fiscalía ha examinado la sentencia y está conforme con la decisión del caso, a pesar de que los procesados fueron condenados por el delito en el grado de tentativa, cuando Fiscalía los acusó como autores de un delito consumado.
- Solicita se rechacen los recursos de apelación interpuestos por Oscar Lanata Álava y Freddy Macías Navarrete.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1 COMPETENCIA.-

2.1.1 De conformidad con las resoluciones No. 01-2015, No. 02-2015 y el auto de dirimencia de competencia de 28 de septiembre de 2016, del Pleno de la Corte Nacional de Justicia; el acta de sorteo de la Sala Especializada de lo Penal de 28 de enero de 2015; y, el sorteo de ley efectuado el 06 de julio del 2015, las 11h07, el Tribunal de Casación está integrado por la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional, quien actúa como ponente en atención a lo dispuesto en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial⁵; y, los doctores Jorge M. Blum Carcelén y Miguel Jurado Fabara, Jueces Nacionales.

2.1.2 En concordancia con lo dispuesto en el artículo 174 del Código Orgánico de la Función Judicial⁶, integra el Tribunal en la audiencia oral, pública y de contradictorio de fundamentación del recurso de apelación, el doctor Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional, por aceptación de la excusa presentada por el doctor Richard Villagómez Cabezas, Conjuez Nacional⁷, conforme con el acta de sorteo de 07 de noviembre de 2016, las 15h15, suscrita por la doctora Isabel Garrido, Secretaria General de la Corte Nacional de Justicia.

2.1.3 La Jueza, Juez y Conjuez Nacionales actuantes, somos competentes para conocer la presente causa, en atención a lo dispuesto en los artículos 76.7.k), 178.1 de la Constitución de la República; 7, 156, 168.2, 186.3, 192.2 del Código Orgánico de la Función Judicial, reformados por la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013; y 398, 399, 400.1, 404.1.8 y 653.4 del Código Orgánico Integral Penal.

⁵ Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 141.- Siempre que la resolución deba ser dictada por un tribunal, existirá una jueza o juez ponente.

⁶ Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 174: “En caso de ausencia o impedimento de una jueza o juez que deba actuar en determinados casos, la Presidenta o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia llamará, previo el sorteo respectivo a una conjueza o conjuez para que lo reemplace.”

⁷ Actúa el doctor Richard Villagómez Cabezas, Conjuez Nacional, por licencia concedida al doctor Jorge M. Blum Carcelén, Juez Nacional, de conformidad con el Oficio No. 1491-SG-CNJ-MBZ, de 24 de octubre de 2016, suscrito por el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

2.2 VALIDEZ PROCESAL.-

El presente proceso penal se ha tramitado de conformidad con lo establecido en los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República del Ecuador y las reglas generales de impugnación dispuestas en el artículo 652 del Código Orgánico Integral Penal. Por lo que, al no existir vicios de procedimiento, ni omisión de solemnidades sustanciales, habiéndose observado las garantías del debido proceso, este Tribunal de Apelación, declara la validez de lo actuado.

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

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

2.3.2 El derecho a recurrir de las decisiones judiciales, se encuentra garantizado en los artículos 8.2.h) de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), que prescribe: *“8. Garantías Judiciales.- 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”*; y, 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dice: *“5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”*.

2.3.3 La Corte Constitucional, respecto al derecho a recurrir, en sentencia No. 095-14-SEP-CC, dictada el 4 de junio de 2014, dentro del caso No. 2230-11-EP, ha señalado que: *“La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la*

misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir, al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad”

2.3.4 Los tribunales de segunda instancia, garantizan el ejercicio del derecho de toda persona, a recurrir del fallo ante un nuevo tribunal superior, que hace parte del Derecho Internacional de los derechos humanos y en consecuencia, debe cumplirse un estándar mínimo que permita garantizar su ejercicio. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha manifestado que el derecho a recurrir del fallo implica:

“...una revisión de los hechos objeto de la causa, un estudio acabado del juicio, dando de esta forma garantías reales a los acusados de que su causa será vista y sus derechos serán garantizados en conformidad a los principios del debido proceso establecidos en el artículo 8 de la Convención, antecedentes que no se cumplieron en la presente causa, habiéndose en consecuencia violado el artículo 8, párrafo 2, letra h) de la Convención⁸”.

Ratificando este criterio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desarrollando el contenido del derecho a recurrir del fallo ante un tribunal superior, contenido en el artículo 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha indicado que:

“La Corte ha considerado el derecho a recurrir el fallo como una de las garantías mínimas que tiene toda persona que es sometida a una investigación y proceso penal. En razón de lo anterior, la Corte ha sido enfática al señalar que el derecho a impugnar el fallo tiene como

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999, (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 158

objetivo principal proteger el derecho de defensa, puesto que otorga la oportunidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión judicial en el evento que haya sido adoptada en un procedimiento viciado y que contenga errores o malas interpretaciones que ocasionarían un perjuicio indebido a los intereses del justiciable, lo que supone que el recurso deba ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Este derecho permite corregir errores o injusticias que puedan haberse cometido en las decisiones de primera instancia, por lo que genera una doble conformidad judicial, otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado y brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. En concordancia con lo anterior, a efectos que exista una doble conformidad judicial, la Corte ha indicado que lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral de la sentencia recurrida⁹”.

Para que el principio de doble instancia en materia penal, cumpla con su aspecto material, el tribunal superior está compelido a revisar integralmente la sentencia que ha llegado a su conocimiento, reexaminándola en su totalidad (alegaciones de las partes, aporte probatorio, adecuación típica, proporcionalidad de la pena, vicios de procedimiento o sustanciales), para que entonces pueda, motivadamente, revocar, confirmar, modificar o anular la sentencia del tribunal que le antecedió en la tramitación de la causa. Este criterio, también ha sido confirmado por el Comité de Derechos Humanos, en múltiples pronunciamientos¹⁰.

En conclusión, el tribunal de segunda instancia, al tener acceso directo a las pruebas introducidas al juicio, debe revisar los aspectos sustantivos y procesales del proceso, de modo que pueda establecer los hechos, a partir de un análisis en conjunto del acervo probatorio y los alegatos de las partes, lo que efectiviza los principios de oralidad, publicidad, contradicción y principalmente inmediación, que rigen que el proceso penal.

2.4 ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN.-

⁹ Corte Interamericana De Derechos Humanos, caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, sentencia de 30 de enero de 2014, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 85

¹⁰ Organización de las Naciones Unidas, M. Sineiro Fernández c. España (1007/2001), dictamen de 7 de agosto de 2003, párr. 7 y 8; y, C. Gómez Vásquez c. España (701/1996), dictamen de 20 de julio de 2000, párr. 11.1.

2.4.1 La primera alegación a ser resuelta por este Tribunal de Apelación, por constituir una posible violación a una garantía constitucional, es que, a criterio de la defensa técnica del señor Oscar Lanata Álava, la sentencia dictada por el tribunal de primera instancia, carece de motivación, por no haber valorado adecuadamente la prueba de cargo y de descargo aportada a juicio. Al respecto, se reflexiona lo siguiente:

La Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 76.7.l) prescribe:

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

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

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.

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

“FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben:

4. Motivar debidamente sus resoluciones. **No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos;**”. (El sombreado no corresponde al texto).

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

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

“...La motivación de las resoluciones de los poderes públicos y más aún de los órganos jurisdiccionales constituye una garantía esencial con el fin de evitar la arbitrariedad y lograr el cumplimiento efectivo de las decisiones adoptadas. La motivación no solo implica hacer referencia a los argumentos esgrimidos durante proceso o a citar normas aplicables al caso en concreto, sino que debe reunir ciertos elementos específicos pues, solo así, se pone en relieve la acción justa, imparcial y desinteresada del juzgador al interpretar los hechos y aplicar el derecho.

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

También en sentencia No. 069-10-SEP-CC, publicada en el Registro Oficial 372, de 27 enero de 2011, se señaló que: *“La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve, y que nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión...”*.

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

“Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha

exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecuan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre ésta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto”.

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

“...una obligación que racionaliza el proceso al ser requisito esencial y luego una causal de nulidad de los actos que no cumplen este derecho del procesado. Sin embargo, la motivación, no solamente se refiere a la vinculación de los hechos con normas jurídicas, sino que radica en la subordinación del poder judicial a la Constitución cuando justifica los razonamientos del órgano jurisdiccional por los que se ha alcanzado la resolución adoptada (...) debiéndose, por tanto, mantener coherencia lógica entre las alegaciones de las partes, la prueba y las conclusiones expresadas por el órgano jurisdiccional en su decisión¹¹”.

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

“...La falta de motivación se da porque de plano esta es inexistente, o porque uno de los elementos que la presuponen, ya sea los fundamentos de hecho o de derecho, faltan al revisar el fallo del juzgador; en estos casos es aplicable el artículo 76.7.1) de la Constitución de la República, para anular el fallo impugnado y volver a dictar otro que cumpla con la garantía de motivación otorgada a las partes procesales, ya que precisamente la norma constitucional determina a los fundamentos de hecho y de derecho como elementos indispensables de esta institución jurídica;¹²”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano jurisdiccional encargado del desarrollo e interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos, Caso Suárez Peralta vs.

¹¹ Sentencia dictada el 16 de septiembre de 2014, las 17h00, dentro del caso No. 504-2014

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

Ecuador, sentencia de 21 de mayo de 2013, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), señaló que: “109. (...) *“la motivación es la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”*. En este sentido, *“el deber de motivación es una de las `debidas garantías` incluidas en el artículo 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso”*”.

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

“...la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa. En efecto, la argumentación ofrecida por el juez debe mostrar claramente que han sido debidamente tomados en cuenta los argumentos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado rigurosamente, más aún en ámbitos en los que se comprometen derechos tan importantes como la libertad del procesado¹³”.

Los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son vinculantes, en atención al bloque de constitucionalidad, consagrados en los artículos 424¹⁴, segundo inciso, y 425¹⁵ de la Constitución de la República del Ecuador.

En contexto, cabe indicar que la sentencia constituye un proceso de valoración jurídica, y de selección de las normas aplicables al caso; es así que, la sentencia debe ser razonada y

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr., 108.

¹⁴ Constitución de la República del Ecuador, Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

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

¹⁵ Ibídem., Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

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

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

fundamentada, y decidir con claridad los puntos materia de la controversia, en este sentido, es una exigencia la existencia de la respectiva conformidad entre los elementos fácticos, y la norma jurídica en la que se sustenta la resolución. Igualmente, al ser la sentencia un proceso lógico e integral, es un requisito sine qua non, que guarde la respectiva armonía y congruencia entre sus partes descriptiva, motivacional y resolutive.

En el considerando Quinto “De la prueba”, de la sentencia impugnada, el tribunal de primera instancia, enumera la prueba testimonial y documental presentada tanto por Fiscalía General del Estado, así como la introducida a juicio por la defensa de los procesados señores Oscar Lanata Álava y Freddy Macías Navarrete. A continuación, en el considerando Séptimo, contesta a la solicitud de exclusión probatoria de los partes informativos policiales suscritos por el cabo Danny Morales Herrera y agente policial Luis Eduardo Yacha Baquero; progresivos del informe de investigación suscrito por el policía nacional Daniel García Cevallos; el Oficio emitido por Carlos Manuel Barata Franca, apoderado general de MARRIOT INTERNATONAL HOTELS INC., sucursal Ecuador; y, el borrador de sentencia remitido por la doctora María Augusta Sánchez Lima, jueza de la Corte Provincial de Justicia. En cuanto a este punto de derecho, el tribunal de juicio sustenta debidamente su negativa, en decisiones previas de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia y los principios rectores de la prueba, del Código Orgánico Integral Penal.

Mientras, en el considerando Octavo, “Fundamentación del Tribunal a quo sobre la existencia del delito respecto a los acusados”, el tribunal a quo explica cómo cada uno de los elementos probatorios, permitió reconstruir fidedignamente la cronología de los hechos, en los que participaron los señores Oscar Lanata Álava y Freddy Macías Navarrete, en acuerdo con el señor César Pico León, con el propósito de obtener una resolución favorable en el caso INMOPLAZA, al influenciar en el juez provincial Edgar Flores Gonza. En este mismo considerando, se estudian las categorías dogmáticas de acción, antijuridicidad, culpabilidad y punición del tipo penal contemplado en el artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal,

indicando cómo cada una de las pruebas corresponde a demostrar la existencia del delito y/o la responsabilidad de los procesados.

A criterio de este Tribunal de Apelación, la sentencia recurrida, a lo largo de su desarrollo lógico-jurídico, estudia las pruebas aportadas por los sujetos procesales y contrasta las pretensiones de las partes intervinientes, respectivamente. En su totalidad, el análisis del tribunal de juicio se ajusta a los requerimientos que exige una resolución debidamente motivada, puesto que, se expone con claridad: **a)** los elementos fácticos materia de la controversia y debidamente probados en la etapa de juicio; **b)** las acciones punibles que son atribuibles a los procesados; y, **c)** qué normas son aplicables al caso concreto, explicando la pertinencia de su aplicación. Ergo, la sentencia objetada explica las razones por las cuales el tribunal de primera instancia, alcanzó la certeza acerca de la existencia del delito y la responsabilidad de los procesados, hoy recurrentes; contestando, simultáneamente, todas las acusaciones presentadas por los sujetos procesales en la audiencia de juicio.

Consecuentemente, se cumple de esta forma con la garantía constitucional de motivación garantizada en el artículo 76.7.1) de la Constitución de la República del Ecuador; en tanto, se ha evaluado los supuestos fácticos probados en juicio, así como la norma en que estos se subsumen, esto es, la conducta tipificada en el artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal.

2.4.2 En lo que respecta a la alegación de ilegalidad de las pruebas introducidas a juicio por Fiscalía General del Estado, se absolverá en primer lugar, la ilegalidad del testimonio del señor César Pico León, por ser una acusación de los dos procesados recurrentes señores Oscar Lanata Álavay Freddy Macías Navarrete.

Es necesario precisar, que en el presente proceso penal ordinario, se juzgan los actos de los señores Oscar Lanata Álava y Freddy Macías Navarrete, quienes fueron acusados por Fiscalía, por el delito de tráfico de influencias, tipificado y sancionado en el artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal, en calidad de coautores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.3 ibídem. En contraste, la situación jurídica del señor Oscar Pico León, ya fue discutida y

resuelta, en aplicación del procedimiento abreviado, que fue sustanciado según lo prescriben los artículos 635 a 638 del Código Orgánico Integral Penal, ante la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional, quien aceptó en sentencia de 22 de octubre de 2015, las 09h05, el acuerdo alcanzado entre Fiscalía y el procesado. Esta resolución, al no haber sido impugnada, se encuentra ejecutoriada y constituye cosa juzgada sobre la que este Tribunal de Apelación, no tiene competencia para pronunciarse.

Al caso *sub júdice*, no se ha introducido el acuerdo entre Fiscalía y el señor Oscar Pico León, como prueba documental, contrariamente, el señor Oscar Pico León compareció a juicio en calidad de testigo de Fiscalía General del Estado, sin que pueda aplicársele las reglas de cooperación eficaz, a las que hace referencia el artículo 491 del Código Orgánico Integral Penal¹⁶, porque como ya se señaló, el señor Oscar Pico León se sometió previamente a la aplicación del procedimiento abreviado, momento procesal dentro del cual se definió la sanción penal que le correspondía.

El testimonio del señor Oscar Pico León, rendido en audiencia de juicio, no ha violentado de forma alguna el artículo 76.4 de la Constitución de la República¹⁷, y ha sido respetuoso de los principios que rigen la práctica de la prueba, prescritos en el artículo 454 del Código Orgánico Integral¹⁸, así como de las reglas específicas para rendir testimonio, previstas en el artículo

¹⁶ “Art. 491.- Cooperación eficaz.- Se entenderá por cooperación eficaz el acuerdo de suministro de datos, instrumentos, efectos, bienes o informaciones precisas, verídicas y comprobables, que contribuyan necesariamente al esclarecimiento de los hechos investigados o permitan la identificación de sus responsables o sirvan para prevenir, neutralizar o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad”.

¹⁷ “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:

4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”.

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

1. Oportunidad.- Es anunciada en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio y se practica únicamente en la audiencia de juicio.

Los elementos de convicción deben ser presentados en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio. Las investigaciones y pericias practicadas durante la investigación alcanzarán el valor de prueba, una vez que sean presentadas, incorporadas y valoradas en la audiencia oral de juicio.

Sin embargo, en los casos excepcionales previstos en este Código, podrá ser prueba el testimonio producido de forma anticipada.

2. Inmediación.- Las o los juzgadores y las partes procesales deberán estar presentes en la práctica de la prueba.

502.1¹⁹ ibídem. El señor Oscar Pico León declaró de forma oral, característica indispensable en el sistema acusatorio y simultáneamente, garantía del principio de inmediación, permitiendo a todos los sujetos procesales acceso a la prueba testimonial, mediante el interrogatorio y el contrainterrogatorio.

La narración de los hechos por parte del señor Oscar Pico León, en los que, admite su participación, es coherente con las demás pruebas aportadas a juicio, razón por la cual, no existe motivo para dudar de su credibilidad. Desacreditar al testigo, era labor de la defensa de los procesados recurrentes, al realizar el contrainterrogatorio, de modo que extrajeran del testimonio, elementos que permitan establecer inconsistencias en el relato. Entonces, sin que exista violación constitucional alguna a la práctica de la prueba testimonial brindada por Oscar Pico León y solicitada por Fiscalía General del Estado, no existe razón para excluirla.

2.4.3 El procesado y recurrente señor Freddy Macías Navarrete, además del testimonio del señor Oscar Pico León, alegó que el tribunal a quo, no debía considerar como elementos probatorios:

1. La vigilancia realizada por miembros de la Policía Nacional, por no haber sido autorizada por la autoridad jurisdiccional competente.

3. Contradicción.- Las partes tienen derecho a conocer oportunamente y controvertir las pruebas, tanto las que son producidas en la audiencia de juicio como las testimoniales que se practiquen en forma anticipada.

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.

5. Pertinencia.- Las pruebas deberán referirse, directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la infracción y sus consecuencias, así como a la responsabilidad penal de la persona procesada.

6. Exclusión.- Toda prueba o elemento de convicción obtenidos con violación a los derechos establecidos en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos o en la Ley, carecerán de eficacia probatoria, por lo que deberán excluirse de la actuación procesal.

Se inadmitirán aquellos medios de prueba que se refieran a las conversaciones que haya tenido la o el fiscal con la persona procesada o su defensa en desarrollo de manifestaciones preacordadas.

Los partes informativos, noticias del delito, versiones de los testigos, informes periciales y cualquier otra declaración previa, se podrán utilizar en el juicio con la única finalidad de recordar y destacar contradicciones, siempre bajo la prevención de que no sustituyan al testimonio. En ningún caso serán admitidos como prueba.

7. Principio de igualdad de oportunidades para la prueba.- Se deberá garantizar la efectiva igualdad material y formal de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal”.

¹⁹ “Art. 502.- Reglas generales.- La prueba y los elementos de convicción, obtenidos mediante declaración, se regirán por las siguientes reglas:

1. El testimonio se valorará en el contexto de toda la declaración rendida y en relación con las otras pruebas que sean presentadas”.

2. El documento conferido por el Hotel Marriot, porque el representante legal de la empresa no compareció a reconocerlo.
3. La interceptación de llamadas telefónicas solicitadas inicialmente para Oscar Lanata Álava y César Pico León; y,
4. La extracción de voz del señor Freddy Macías Navarrete, grabación que se realizó sin autorización del procesado y mediante engaños.

En cuanto al primer numeral, en auto de 10 de junio de 2015, las 17h00, la jueza de garantías penales competente, sustentada en los artículos 444.14²⁰ y 449.3.9²¹ del Código Orgánico Integral Penal, ordenó la realización de vigilancia, seguimientos, filmaciones, grabaciones, tomas fotográficas y demás diligencias afines, de los señores César Pico León y Oscar Lanata Álava, disponiendo también la interceptación de los celulares 0997591700 y 0997000623, por el lapso de 90 días. Con el antecedente del parte informativo No. 0012015 PJZ, el 17 de junio de 2015, la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional, dispuso a Fiscalía, conforme las atribuciones del artículo 444.14 del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con el artículo 449.2²² ibídem., continuar con los trabajos de seguimiento, relacionados con las actividades de los señores César Pico León, Oscar Lanata Álava y Freddy Macías Navarrete.

Entonces, de forma opuesta a lo que afirma la defensa del procesado señor Freddy Macías Navarrete, la autorización de los trabajos de seguimiento, realizados por la Policía Nacional, por órdenes de Fiscalía General del Estado, sí provino de una autoridad jurisdiccional

²⁰ “Art. 444.- Atribuciones de la o el fiscal.- Son atribuciones de la o el fiscal, las siguientes:

14. Disponer la práctica de las demás diligencias investigativas que considere necesarias.

Siempre que se limiten los derechos de alguna persona se requerirá autorización de la o el juzgador.

La o el denunciante o cualquier persona que, a criterio de la o el fiscal, deba cooperar para el esclarecimiento de la verdad, tendrá que comparecer ante la Fiscalía para la práctica del acto procesal respectivo. En caso de incumplimiento la o el fiscal podrá solicitar la comparecencia con el uso de la fuerza pública”.

²¹ “Art. 449.- Atribuciones.- Son atribuciones del personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses:

3. Realizar las primeras diligencias investigativas, tales como: entrevistas, vigilancias, manejo de fuentes y otros, las que serán registradas mediante grabación magnetofónica o de video.

9. Cumplir las órdenes que les imparta la o el fiscal o la o el juzgador”.

²² “Art. 449.- Atribuciones.- Son atribuciones del personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses:

2. Recibir denuncias en delitos de ejercicio público de la acción penal y remitirlas de forma inmediata a la Fiscalía para su tramitación”.

competente, esto es, la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

En relación con el Oficio remitido por el señor Carlos Manuel Barata Franco, apoderado general de “MARRIOT INTERNATIONAL HOTELS, INC.”, sucursal Ecuador, en el cual, acompaña una copia de los videos captados por las cámaras de video de vigilancia correspondientes al día 4 de junio de 2015, entre las 12h50 y las 13h20, esta prueba documental, ha sido valorada por el tribunal de juicio, de conformidad con lo dispuesto en las reglas generales del artículo 499.2 del Código Orgánico Integral Penal²³, razón por la cual, no era necesaria la comparecencia de quien suscribió el documento, ya que su contenido se contrastó con los testimonios de los señores César Pico León y Oscar Pico Solórzano, quienes detallaron las reuniones que se celebraron en el lobby del Hotel Marriot, para pactar la sentencia favorable en el caso INMOPLAZA.

En lo que concierne a la interceptación de las llamadas telefónicas, efectuada por el Sistema de Vigilancia Técnica Electrónica SVT-E, se tiene que: el 10 de junio de 2015, la doctora Janeth Chauvin, jueza de la Unidad Judicial de Garantías Penales con competencia en delitos flagrantes, autorizó el progresivo de interceptación del número de teléfono 0997591700, perteneciente al señor César Pico León, abogado en libre ejercicio. A éste número de teléfono, que se encontraba interceptado con orden judicial de autoridad competente, el señor Freddy Macías Navarrete, realizó una llamada desde su número telefónico 0995714696, constituyéndose en interlocutor de una comunicación de la que, una vez efectuado el análisis pericial, se determinó que tenía relación con la comisión del delito de tráfico de influencias, por el que se investigaba al señor César Pico León.

El artículo 476 del Código Orgánico Integral Penal, prescribe que:

“Art. 476.- Interceptación de las comunicaciones o datos informáticos.- La o el juzgador ordenará la interceptación de las comunicaciones o datos informáticos previa solicitud fundamentada de la

²³ “Art. 499.- Reglas generales.- La prueba documental se regirá por las siguientes reglas:

2. La o el fiscal o la o el defensor público o privado, podrá requerir informes sobre datos que consten en registros, archivos, incluyendo los informáticos, que se valorarán en juicio”.

o el fiscal cuando existan indicios que resulten relevantes a los fines de la investigación, de conformidad con las siguientes reglas:

2. La información relacionada con la infracción que se obtenga de las comunicaciones que se intercepten durante la investigación serán utilizadas en el proceso para el cual se las autoriza y con la obligación de guardar secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen.

3. Cuando, en el transcurso de una interceptación se conozca del cometimiento de otra infracción, se comunicará inmediatamente a la o al fiscal para el inicio de la investigación correspondiente. En el caso de delitos flagrantes, se procederá conforme con lo establecido en este Código”. [Las negrillas no pertenecen al texto original].

En el presente caso, obtenida la comunicación entre los señores César Pico León y Freddy Macías Navarrete, como resultado de la interceptación de comunicaciones, legalmente ordenada por autoridad competente, al número de teléfono 0997591700, perteneciente al señor César Pico León, la introducción a juicio, de la conversación establecida entre los dos procesados es legal y constitucional, porque el artículo 476.2 del Código Orgánico Integral Penal, no discrimina las llamadas realizadas por el dispositivo interceptado, de aquellas que recibe de otros números.

La teoría del descubrimiento inevitable, invocada por el tribunal a quo, tiene su origen en el desarrollo jurisprudencial norteamericano, no obstante, su aplicación no ha sido uniforme en los tribunales de Estados Unidos de Norteamérica. Su formulación acepta que, en los casos en los que una prueba tiene un origen ilícito, puede ser aceptada si y solo si, su descubrimiento hubiese devenido inevitablemente, de otras actuaciones investigativas lícitas²⁴. No es pertinente aplicar al caso concreto, una teoría proveniente del sistema anglosajón, cuando existe legislación local que señala cuál debe ser la actuación de los agentes investigadores en el ejercicio de sus competencias, así como los parámetros que el juzgador debe evaluar para calificar la licitud de una prueba. Además, si se elige aplicar una teoría proveniente de un precedente jurisprudencial internacional, debe explicarse cómo esa teoría se alinea con el

²⁴ Cfr. Manuel Miranda Estrampes, *La Prueba Ilícita: La Regla de Exclusión Probatoria y sus Excepciones*, en versión digital en: <http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194215/260389>

ordenamiento jurídico vigente en Ecuador, para explicar su uso, todo lo que el tribunal de primera instancia no ha realizado.

Consiguientemente, la excepción del descubrimiento inevitable, no es aplicable a la causa *in examine*, porque la comunicación entre César Pico León y Freddy Macías Navarrete, no fue obtenida de forma ilegal, es decir, no es un caso particular de aplicación de la teoría del árbol envenenado, sino que es producto de una actuación especial de investigación, que se desarrolló en el marco del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Finalmente, en cuanto a la extracción de voz del señor Freddy Macías Navarrete, que se realizó con el propósito de cotejarla con los registros de voz que se obtuvieron de la interceptación de comunicaciones, la muestra provino del sistema AVIS+F de la Policía Nacional, según lo acreditó el perito Hernán Vasconez Ñaupari. No existe elemento alguno, que haga parte del acervo probatorio agregado a juicio, que permita establecer que la grabación que contiene el registro de voz del procesado recurrente, haya sido obtenida mediante engaños o coerción alguna, por lo que no procede su exclusión del proceso.

2.4.4 Respecto del tipo penal seleccionado por el tribunal a quo, para subsumir la conducta de los procesados señores Oscar Lanata Álava y Freddy Macías Narváez, esto es, tráfico de influencias, el artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal, prescribe lo siguiente:

“Art. 285.- Tráfico de influencias.- Las o los servidores públicos, y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, prevaleciendo de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica, ejerza influencia en otra u otro servidor para obtener un acto o resolución favorable a sus intereses o de terceros, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

El máximo de la pena prevista será aplicable cuando las personas descritas en el primer inciso, aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen, se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o

reglamentarias, les concedan contratos o permitan la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público.

Están incluidos dentro de esta disposición las y los vocales o miembros de los organismos administradores del Estado o del sector público en general, que, con su voto, cooperen a la comisión de este delito”.

De la descripción típica del artículo 285, se puede extraer que:

- a) El elemento subjetivo del tipo es exclusivamente doloso, es decir, el sujeto activo actúa con el designio de causar daño²⁵, lo que a su vez comprende conocimiento de que la conducta en la que se incurre es ilícita y se participe en ella voluntariamente.
- b) El bien jurídico protegido, es la eficiencia de la administración pública.
- c) Los sujetos activo y pasivo de la infracción son calificados, es decir, requieren cumplir una calidad específica para poder subsumir su conducta al tipo. En el caso del tráfico de influencias, el sujeto activo debe ser servidor público, o actuar en virtud de una potestad estatal; el sujeto pasivo debe ser servidor público. El tipo penal, no exige, entre sus elementos objetivos, la participación de al menos dos sujetos activos, pero sí que en sujeto activo y pasivo concurra la misma calidad: servidores públicos; de modo que, una vez consumada la infracción, el sujeto pasivo no es inmediatamente correo del ilícito, porque las acciones de éste, una vez ejecutada la influencia, pueden variar.
- d) El verbo rector es influenciar. La influencia debe ejercerse con la intención de obtener un acto o resolución favorable al sujeto activo o a un tercero. Ahora, conviene precisar que el tipo penal no exige un resultado, por lo que es un delito de mera actividad, que no admite tentativa, por no ser distinguibles diferentes momentos de realización, previos a la ejecución del verbo rector, que puedan ser alcanzados por la actividad punitiva estatal.

El jurista ecuatoriano Ernesto Albán Gómez, de los delitos de mera actividad, dice:

“Este caso sería el de aquellos delitos (sobre todo los formales) cuyo proceso ejecutivo

²⁵ Código Orgánico Integral Penal, “Art. 26.- Dolo.- Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño”.

consiste en un solo acto que no admite fragmentación. De este modo, si el proceso comenzó a ejecutarse, simultáneamente se produjo ya el resultado²⁶ ...”.

2.4.5 En el caso *sub júdice*, el señor Oscar Enrique Lanata Álava fue acusado por Fiscalía General del Estado, como coautor del delito de tráfico de influencias, mientras que el tribunal de primera instancia, le condenó como autor directo, de la misma conducta punible, en el grado de tentativa.

Al respecto, se debe empezar por precisar que el artículo 42 del Código Orgánico Integral Penal, contempla diversas modalidades de autoría:

“Art. 42.- Autores.- Responderán como autoras las personas que incurran en alguna de las siguientes modalidades:

1. Autoría directa:

- a) Quienes cometan la infracción de una manera directa e inmediata.
- b) Quienes no impidan o procuren impedir que se evite su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo.

2. Autoría mediata:

- a) Quienes instiguen o aconsejen a otra persona para que cometa una infracción, cuando se demuestre que tal acción ha determinado su comisión.
- b) Quienes ordenen la comisión de la infracción valiéndose de otra u otras personas, imputables o no, mediante precio, dádiva, promesa, ofrecimiento, orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto.
- c) Quienes, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obliguen a un tercero a cometer la infracción, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin.
- d) Quienes ejerzan un poder de mando en la organización delictiva.

3. Coautoría: Quienes coadyuven a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción”.

²⁶ Ernesto Albán Gómez, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General, Sexta Edición, Ediciones Legales, Quito, junio de 2008, p. 230

Para su configuración, la autoría directa exige que el sujeto activo transite por todos los elementos del tipo penal, de manera que actúa con dominio del hecho, como acertadamente afirma el tribunal a quo en su sentencia: *“Para el caso en análisis, la participación del acusado, Oscar Enrique Lanata Álava (ex juez), en el injusto penal, fue de una manera directa, ya que tuvo el dominio del hecho, ya que sin su acción, el tipo objetivo no se habría iniciado”*.

Doctrinariamente, la autoría directa o inmediata unipersonal, se define como:

“Esta se refiere al dominio de la acción o “dominio formal del hecho” (Jacokbs), la cual se da cuando el sujeto cumple de forma inmediata todos los elementos del tipo. Es entonces autor quien de modo inmediato, de propia mano y cumpliendo todos los restantes requisitos señalados por el tipo (tanto objetivos como subjetivos), realice la acción típica. Quien actúe de tal manera lo hace con dominio del hecho²⁷”.

Por su parte, la coautoría, es:

“...una forma de autoría, que presenta unas características muy propias, porque se produce la concurrencia de varias personas (coautores) cuyas aportaciones no constituyen una simple ayuda o contribución a un hecho punible ajeno cometido por el autor, sino una conjunta realización del tipo delictivo entre varios, de la cual todos son responsables en la misma medida²⁸”.

No debe confundirse a la coautoría, con pluriautoría. En esta última, existen diferentes personas que cumplen cada una, con todos los elementos del tipo penal. Por el contrario, en el caso de coautoría, si bien existen múltiples intervinientes, cada uno cumple una parte de la acción típica, de modo que el resultado delictivo, le es imputable a todos ellos. En la coautoría, se verifica la existencia de: (i) Acuerdo para la realización típica (entre quienes pactan para la ejecución del delito); y, (ii) Contribución al hecho punible, que se refiere a la prestación de un aporte en la fase ejecutiva del delito, conforme al acuerdo previo.

²⁷ Alberto Suárez Sánchez, *Autoría*, Tercera edición actualizada, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 187

²⁸ *Ibíd.*, p. 351

Ahora, conviene precisar cuáles fueron los actos imputables al procesado señor Oscar Enrique Lanata Álava, debidamente probados en juicio, por los que se determinó su responsabilidad penal, como autor directo en el cometimiento del delito de tráfico de influencias, en el grado de tentativa. Consta en el considerando Octavo de la sentencia dictada por el tribunal a quo, que la participación criminal del procesado y recurrente consistió en:

“[Oscar Enrique Lanata Álava] fue la persona que el 03 de junio del 2015, desde su número telefónico 0997000623, envió un mensaje vía whatsapp al doctor Oscar Pico Solórzano, abogado defensor de INMOPLAZA, con número de celular 0997713235, en el cual le manifestó que se iba a contactar con un “pana” para conversar sobre el caso de INMOPLAZA, resaltando que “es algo bueno” (Sic.), posteriormente, el 04 de junio del 2015, efectivamente César Pico León contacta a Oscar Pico Solórzano, con quien se reúne en el hotel Marriot y empieza el proceso de “negociación” que tenía como objeto la obtención de una sentencia favorable, a través de la influencia por su relación personal que mantenía con Freddy Macías Navarrete (juez provincial) con Edgar Flores Gonza, (juez provincial ponente)...”.

Efectivamente, como lo señaló en la audiencia de fundamentación del recurso de apelación el abogado del señor Oscar Lanata Álava, si los actos del procesado recurrente se evalúan individualmente, no se subsumen en su totalidad, al tipo penal descrito en el artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal, porque él no ejerció influencia en otro servidor público, que es un elemento objetivo del tipo. Sin embargo, para un análisis integral de los hechos, no puede estudiarse las acciones del señor Oscar Lanata Álava, prescindiéndose del contexto en el cual se produjeron, puesto que el contacto que estableció entre el denunciante señor Oscar Alejandro Pico Solórzano y César Fernando Pico León, no fue un acto casual o aislado, sino una contribución relevante en la ejecución del hecho punible, que había acordado cometer junto con César Fernando Pico León y Freddy Macías Narváez, lo que se desprende de la prueba presentada por Fiscalía General del Estado, que a continuación se detalla:

1. Testimonio de Oscar Alejandro Pico Solórzano, quien expresó que el 03 de junio del 2015, el ex juez Oscar Lanata Álava, que resolvió en primera instancia el caso INMOPLAZA, en el que él intervenía como abogado patrocinador, le envió un mensaje

de whatsapp, que decía: *“Mijo, un pana quiere hablar contigo por el caso INMOPLAZA. Es algo bueno”*.

2. Testimonio de Diana Maribel Charco Hidalgo, perito que elaboró el informe pericial de audio, video y afines No. 1328-2015, de 19 de agosto de 2015, en el que consta la extracción de la información obtenida del dispositivo de comunicación digital (teléfono móvil), perteneciente al señor Oscar Alejandro Pico Solórzano, del que se recuperó el mensaje de whatsapp, que dice: *“Mijo, un pana quiere hablar contigo por el caso INMOPLAZA. Es algo bueno”*, enviado por Oscar Lanata Álava.
3. Testimonio de José Miguel Ramírez Riofrío, perito que elaboró el informe de audio, video y afines No. 1497-2015-AVA, de 12 de septiembre del 2015, que en la parte pertinente concluye que: *“se llegó a determinar que sí existían vínculos de llamadas entre el 15 de mayo al 18 de junio de 2015 entre los tres procesados César Pico León, Oscar Lanata Álava y Freddy Macías Navarrete”*.
4. Testimonio de César Fernando Pico León, quien declaró que tras conversaciones con Freddy Macías Navarrete (ex juez provincial), decidieron contactarse con el abogado Oscar Pico Solórzano, representante de la empresa INMOPLAZA, para ofrecerle una sentencia favorable en segunda instancia, a cambio de una retribución económica. La sentencia sería elaborada por el doctor Edgar Flores Gonza, juez provincial ponente en el caso INMOPLAZA, después de que influenciara en la decisión el doctor Freddy Macías Navarrete. Dentro de este marco, César Fernando Pico León, se contactó con Oscar Lanata Álava, juez que resolvió en primera instancia el caso INMOPLAZA, para poder contactarse con Oscar Pico Solórzano. Al final, del dinero requerido al abogado Oscar Pico Solórzano, serían beneficiarios el deponente [César Fernando Pico León], Freddy Macías Navarrete, Oscar Lanata Álava y Edgar Florez Gonza.

La prueba de cargo, presentada en contra de Oscar Lanata Álava, demuestra división de trabajo entre el procesado y los señores Freddy Macías Navarrete (procesado) y César Pico León, quienes materializarían cada uno, actos deliberados e intencionales, dirigidos a coadyuvar con la perpetración de la infracción prevista en el artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal. Por este motivo, la prueba de descargo presentada por la defensa del procesado señor Oscar

Lanata Álava, no desvirtúa la responsabilidad penal, que fue suficientemente establecida por Fiscalía.

Los testimonios de Oscar Alejandro Pico Solórzano, Danny Xavier Morales Herrera, Francisco Javier Zabala Lara, José Miguel Ramírez Riofrío y Lupe Clemencia Veintimilla Zea, ofrecidos como prueba de la defensa del señor Oscar Lanata Álava, no le ubican como autor directo del delito de tráfico de influencias, porque describen acontecimientos posteriores a su participación en el ilícito, que como ya se señaló en líneas anteriores, se desarrolló con actos principales, sin los cuales, no se habría consumado la infracción.

El doctor Mario Bedoya Ullauri, defensor del recurrente señor Oscar Lanata Álava, destacó los testimonios de la abogada María Augusta Sánchez, Jueza de Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que conformaba el tribunal de apelación que resolvería el caso INMOPLAZA en segunda instancia; y, el del denunciante señor Oscar Pico Solórzano, como prueba que respalda la inocencia del señor Óscar Lanata Álava; sin embargo, lo hizo parafraseando sus declaraciones.

En lo principal, el señor Oscar Pico Solórzano, dijo en audiencia de juicio que:

“El doctor César Pico León, le indicó que a través del doctor Oscar Lanata Álava, obtuvo el número del deponente. **El doctor César Pico León, un día entre la semana del 9 y el 12, le citó a la oficina del juzgado del abogado Oscar Lanata Álava, sin embargo no pudo reunirse debido a que ese día estaba con las personas del Consejo de la Judicatura judicializando el proceso**”. [Las negrillas no pertenecen al texto original].

Por su parte, la doctora María Augusta Sánchez, dijo lo siguiente:

“ 1. Indique si usted conocía al ab. (Sic.) Oscar Lanata Álava, Juez 12 de lo Civil de Pichincha?.
RESPUESTA: No lo conozco.- Indique si usted recibió alguna visita personal, llamada telefónica, mensajes de texto, whatsapp o redes sociales del Juez 12 de lo Civil de Pichincha Ab. Oscar Lanata Álava referentes al juicio de expropiación 4024-2014 que se tramitaba en la Sala Civil de

la Corte Provincial de Pichincha. RESPUESTA: No, ni siquiera lo conozco.- 3. Indique si el AB. OSCAR LANATA ÁLAVA, durante los meses de mayo y junio del 2015, acudió a la Sala Civil de la Corte Provincial de Pichincha para hablar con usted y los otros jueces encargados del juicio de expropiación 4024-2014 y tratar sobre la sentencia?. RESPUESTA: Con mi persona no hablada (Sic.), no conozco al Dr. Lanata. Respecto a los otros jueces encargados del juicio que menciona, desconozco si habrá hablado”.

El testimonio de Oscar Pico Solórzano, en cuanto a los dichos de César Pico León, de que se reunieran en la oficina del procesado Oscar Lanata Álava, son referenciales, empero, relevantes, puesto que concuerdan con el testimonio de César Pico León, quien relató que Oscar Lanata Álava, Freddy Macías Navarrete y Edgar Flores Gonza, participaban del cometimiento del ilícito de tráfico de influencias y serían, una vez notificada la sentencia de segunda instancia, los beneficiarios del monto económico que se solicitaba cancelar al señor Oscar Pico Solórzano, abogado patrocinador de INMOPLAZA.

Del testimonio de la doctora María Augusta Sánchez, no se extrae que el procesado haya influenciado en ella, en su condición de jueza provincial, miembro del tribunal que resolvería la apelación de la causa 404-2014 (INMOPLAZA); aun así, esta prueba testimonial no obra en favor de la teoría del caso del procesado, por dos motivos: (i) En el presente caso, la influencia a la que se refiere el artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal, se ejerció sobre el juez provincial ponente de la causa, doctor Edgar Flores Gonza, y no sobre los demás miembros del tribunal de apelación dentro del caso INMOPLAZA; y, (ii) El procesado señor Oscar Lanata Álava, es coautor del delito de tráfico de influencias y no autor directo, motivo por el cual, la prueba que pretende desvirtuar su participación, dirigiéndose a establecer que no fue él quien cumplió con el verbo rector “influnciar”, resulta infructuosa, puesto que su actuación dentro del acuerdo delictivo, se produjo con actos anteriores, que de modo principal, coadyuvaron a la ejecución del delito.

En conclusión, puede determinarse con certeza que el señor Oscar Lanata Álava, participó como coautor del delito de tráfico de influencias, tipificado en el artículo 285 del Código

Orgánico Integral Penal, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 42.3 ibídem, lo cual ha sido legalmente demostrado por Fiscalía, a través del acervo probatorio presentado en juicio, sin que la prueba de descargo de la defensa haya contribuido a sostener la presunción de inocencia que asistía al procesado.

2.4.6 Por su parte, el señor Freddy Macías Navarrete, fue condenado como autor directo del delito de tráfico de influencias, en el grado de tentativa, ya que a criterio del tribunal a quo:

“...Freddy Mauricio Macías Navarrete (juez provincial) igualmente su participación fue de manera directa, por cuanto mantuvo una relación personal (en el mismo nivel funcional) con el doctor Edgar Flores Gonza, juez ponente de la causa civil No. 4024-2014, por lo que conocía del proyecto que se había preparado, en el cual constaba un valor mayor al que se estableció en primera instancia, siendo la persona que solicitó a César Pico León, se contacte con el abogado Oscar Pico Solórzano, defensor de la parte demandada en el juicio de expropiación, a fin de que proponga un acuerdo económico para obtener una sentencia favorable a sus interés (Sic.); así como también, fue la persona que entregó a César Pico León, la última hoja del proyecto de sentencia que contenía la parte resolutive, que había preparado Edgar Flores Gonza (ponente); a más de estar pendiente de todo el proceso que se desarrollaba entre César Pico León y Oscar Pico Solórzano...”.

La prueba aportada por Fiscalía General del Estado, que establece la responsabilidad del procesado señor Freddy Macías Navarrete (ex juez provincial), como autor directo del delito de tráfico de influencias, es la que sigue:

1. Testimonio de José Miguel Ramírez Riofrío, perito que elaboró el informe de audio, video y afines No. 1497-2015-AVA, de 12 de septiembre de 2015, siendo el motivo de la experticia la triangulación de llamadas entre los procesados César Pico León, Freddy Macías, y Oscar Lanata, en los cuales habían varios números de teléfono asignados a dichas personas y que fueron proporcionados por Fiscalía, concluyendo que sí existían vínculos de llamadas entre el 15 de mayo al 18 de junio de 2015 entre los 3 procesados César Pico León, Oscar Lanata Álava y Freddy Macías Navarrete. César Pico León

(0997591700), realizó 31 llamadas a Freddy Macías Navarrete (0995714696); a su vez, Freddy Macías Navarrete (32826482) realiza una llamada a César Pico (0997591700).

2. Testimonio de Hernán Patricio Vasconez Ñaupari, perito que elaboró el informe de cotejamiento de voces de AVIS+F, No. 287-2015, de 28 de septiembre de 2015, de los audios que se encontraban en el CD con cadena de custodia No. 46-2015, concluyendo que los interlocutores de las comunicaciones son César Pico León y Freddy Macías Navarrete.
3. Testimonio de Danny Xavier Morales Herrera, policía nacional que realizó el seguimiento del señor César Pico León, a partir del 12 de junio de 2015, a quien observó que hacia las 16h00 aproximadamente, se dirigió a bordo de un vehículo marca Hummer, sin placas, a la calle Pedro César Carrasco, entre Av. 6 de diciembre y Diego de Almagro. Tras 10 minutos de espera en este lugar, aborda el vehículo el ex juez provincial, abogado Freddy Macías Navarrete, permaneciendo en el automotor por aproximadamente 30 minutos.
4. Testimonio de Francisco Javier Zabala Lara, quien realizó la interceptación de llamadas de los números telefónicos pertenecientes a César Pico León, Oscar Lanata Álava y Freddy Macías Navarrete, determinando que en el segundo audio escuchado, se identifica claramente cómo el señor César Pico León le indica al señor Freddy Macías Navarrete, que ya tenía listo un departamento para las posibles reuniones con “inversionistas”, mencionándole además que “debe verificar que el niño esté comidito y completo”, refiriéndose a dinero.
5. Testimonio de Rolando Xavier Mena Fernández, funcionario judicial, ayudante del doctor Edgar Flores Gonza, juez provincial, entre marzo y septiembre de 2015, quien refirió que un día antes de rendir su versión en Fiscalía, el doctor Edgar Flores Gonza le solicitó que si le preguntaban si lo había visto reunido con el doctor Freddy Macías Navarrete dijera que no, aunque eso sí había ocurrido en más de una ocasión.
6. Testimonio de César Fernando Pico León, quien declaró que el doctor Freddy Macías Navarrete, ex juez de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, se comunicó con él, con el propósito de contarse con Oscar Pico Solórzano, representante de INMOPLAZA, para indicarle que en segunda instancia se le podía ayudar, incrementando el valor que

el Consejo de la Judicatura debía cancelar por la expropiación de un edificio perteneciente a INMOPLAZA. Incluso, el doctor Freddy Macías Navarrete le proporcionó la última página de un borrador de sentencia, que habría conseguido al influenciar en el juez provincial ponente de la causa, doctor Edgar Flores Gonza, para que se la mostrara al señor Oscar Pico Solórzano. Los beneficiarios del monto que se solicitaba a Oscar Pico Solórzano, por la diferencia entre lo mandado a pagar en primera instancia y segunda instancia serían los doctores Freddy Macías Navarrete, Edgar Flores Gonza, Oscar Lanata Álava y el deponente.

7. Oficio S7N, de 11 de septiembre de 2015, suscrito por la doctora María Augusta Sánchez Lima, Jueza de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, mediante el cual adjunta copia simple del borrador de proyecto de sentencia, que puso en su conocimiento, el doctor Edgar Flores Gonza, juez provincial ponente de la causa No. 4024-2014, cuyo original circuló a otro miembro del tribunal.
8. Original del borrador de proyecto de sentencia, elaborado por el doctor Edgar Flores Gonza, en el que se decide que la parte actora debe pagar a la parte accionada por concepto de la cosa expropiada, el monto de diez millones cuatrocientos setenta y tres mil ochocientos sesenta y tres dólares de los estados Unidos de Norteamérica, con nueve centavos.

La prueba aportada por el órgano acusador del Estado, demuestra que el señor Freddy Mauricio Macías Navarrete, ex juez provincial, aprovechando su relación personal con el doctor Edgar Flores Gonza, influenció sobre éste último, con el propósito de obtener una resolución favorable para INMOPLAZA, dentro de juicio 4024-2014, del que el doctor Edgar Flores Gonza era el ponente. Si bien el proyecto de sentencia, elaborado por Edgar Flores Gonza, bajo la influencia de Freddy Macías Navarrete, no fue notificada, esto ocurrió por eventos ajenos a la voluntad de los sujetos activos del delito y no debe ser considerado como un suceso que impide la consumación del delito. Si se hace depender la consumación del tráfico de influencias, a la existencia de una resolución, entendiendo la “existencia” como la notificación a los sujetos procesales que participan de la causa, entonces todos los casos en los que el sujeto activo ejerce influencia, pero el sujeto pasivo denuncia los hechos, resultarían en delito tentado, por lo que el

iter criminis abandonaría la determinación de los actos del sujeto activo, para considerar los del sujeto pasivo.

Consecuentemente, el señor Freddy Mauricio Macías Navarrete, es autor directo del delito de tráfico de influencias, tipificado y sancionado en el artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal, al haber cumplido con el verbo rector del tipo, esto es, influenciar en otro servidor público, con el propósito de obtener una sentencia favorable para un tercero.

2.4.7 Una vez establecida la responsabilidad penal de los procesados señores Oscar Lanata Álava y Freddy Macías Navarrete, corresponde imponer la sanción penal, que es consecuencia de los actos por los que fueron investigados y procesados. El primer inciso del artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal, prescribe:

“Art. 285.- Tráfico de influencias.- Las o los servidores públicos, y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, prevaleciendo de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica, ejerza influencia en otra u otro servidor para obtener un acto o resolución favorable a sus intereses o de terceros, **serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años**”.

De conformidad con el principio de legalidad, la dosificación de la pena para el delito, debe además, contemplar la existencia de agravantes, en atención con lo dispuesto en el artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal²⁹, según el cual, la existencia de agravantes no constitutivos o modificatorias del tipo, obliga al juzgador, a imponer la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio, sin que puedan considerarse atenuantes.

²⁹ “Art. 44.- Mecanismos de aplicación de atenuantes y agravantes.- Para la imposición de la pena se considerarán las atenuantes y las agravantes previstas en este Código. No constituyen circunstancias atenuantes ni agravantes los elementos que integran la respectiva figura delictiva.

Si existen al menos dos circunstancias atenuantes de la pena se impondrá el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivos o modificatorias de la infracción.

Si existe al menos una circunstancia agravante no constitutiva o modificatoria de la infracción, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio”.

En el presente caso, se ha demostrado que el delito de tráfico de influencias, contemplado en el artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal, se cometió con la participación de Oscar Lanata Álava, en calidad de coautor del delito, y Freddy Macías Navarrete, autor directo, quienes convinieron ejecutar el ilícito, encargándose cada uno, de diferentes momentos del plan criminal, razón por la cual, se ha configurado la circunstancia agravante contemplada en el artículo 47.5 del Código Orgánico Integral Penal³⁰, que no es una agravante constitutiva o modificatoria del tipo penal.

Por consiguiente, a los responsables del delito de tráfico de influencias, debe aplicárseles la máxima pena privativa de la libertad contemplada en el tipo penal, esto es, 5 años (60 meses), aumentada en un tercio (20 meses).

2.4.8 En cuanto a la solicitud del recurrente señor Freddy Mauricio Macías Navarrete, de que se le devuelva la computadora de uso personal, que le fue incautada, el artículo 557.4 del Código Orgánico Integral Penal³¹, prescribe que la incautación de los bienes deberá mantenerse hasta que el juzgador (en este caso tribunal) emita resolución definitiva.

La sentencia que emite el presente Tribunal de Apelación, puede ser impugnada por los sujetos procesales, con la interposición del recurso de casación, por lo que la resolución no es definitiva, por no haber causado aun ejecutoria. En tal razón, sólo cuando la situación jurídica del procesado sea definitiva, es decir, haya pasado por autoridad de cosa juzgada y sea inmodificable, el juez de ejecución será el competente para ordenar la devolución de los bienes incautados.

2.4.9 Sobre las solicitudes de suspensión condicional de la pena, este Tribunal de Apelación coincide con el criterio del tribunal a quo, de que si bien los procesados señores Oscar Lanata Álava y Freddy Macías Navarrete, han justificado los numerales 1 y 2 del artículo 630 del

³⁰ “Art. 47.- Circunstancias agravantes de la infracción.- Son circunstancias agravantes de la infracción penal:
5. Cometer la infracción con participación de dos o más personas”.

³¹ “Art. 557.- Incautación.- La o el juzgador a petición de la o el fiscal, podrá disponer la incautación de conformidad con las siguientes reglas:

4. La incautación se mantendrá hasta que la o el juzgador emita la resolución definitiva”.

Código Orgánico Integral Penal³², la modalidad y primordialmente, la gravedad de la conducta, impide la concesión del beneficio de suspensión condicional de la pena.

Con sus acciones, los procesados señores Oscar Lanata Álava y Freddy Macías Navarrete, ex juez de primer nivel el primero y ex juez provincial el segundo, han lesionado gravemente la eficiencia de la administración de justicia, que es uno de los pilares fundamentales de un Estado democrático. De conformidad con los artículos 424 a 427 de la Constitución de la República del Ecuador, los jueces (ordinarios y constitucionales), son garantes de los derechos de quienes acuden al sistema de justicia, por lo que se requiere de ellos una respuesta justa y motivada, así como una actuación ética y transparente.

La confianza que deposita la ciudadanía en los servidores públicos que componen la función judicial, tiene un valor primordial en Ecuador, que se autodenomina, en su artículo 1³³, como un Estado constitucional de derechos y justicia, lo que incluso a nivel regional e internacional se ha traducido en diversos instrumentos que recogen los principios que deben regir el ejercicio de la función judicial, entre los que se encuentran, *inter alia*, los siguientes:

1. Convención Interamericana Contra la Corrupción (1996)
2. Código de ética del Funcionario Judicial Iberoamericano (1999)

³² “Art. 630.- Suspensión condicional de la pena.- La ejecución de la pena privativa de libertad impuesta en sentencia de primera instancia, se podrá suspender a petición de parte en la misma audiencia de juicio o dentro de las veinticuatro horas posteriores, siempre que concurran los siguientes requisitos:

1. Que la pena privativa de libertad prevista para la conducta no exceda de cinco años.
2. Que la persona sentenciada no tenga vigente otra sentencia o proceso en curso ni haya sido beneficiada por una salida alternativa en otra causa.
3. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta sean indicativos de que no existe necesidad de la ejecución de la pena.
4. No procederá en los casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

La o el juzgador señalará día y hora para una audiencia con intervención de la o el fiscal, el sentenciado, la o el defensor público o privado y la víctima de ser el caso, en la cual se establecerán las condiciones y forma de cumplimiento durante el período que dure la suspensión condicional de la pena”.

³³ “Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible”.

3. Estatuto del Juez Iberoamericano, aprobado en la Sexta Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia. Santa Cruz de Tenerife, Canarias, España, 23 a 25 de mayo de 2011
4. Estatuto del Juez Iberoamericano (2001)
5. Carta de Derechos de las personas ante la Justicia en el ámbito judicial iberoamericano (2002)
6. La Declaración Copán-Salvador (2004)
7. Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial (2006)
8. Declaración de Principios Mínimos sobre la Independencia de los Poderes Judiciales y de los Jueces en América Latina, Declaración de Campeche, abril de 2008
9. Principios de Bangalore sobre la conducta judicial (2013)
10. Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, por unanimidad, resuelve confirmar en todas sus partes, la sentencia condenatoria venida en grado, modificándola de la siguiente manera:

1. Se declara a Oscar Enrique Lanata Álava y Freddy Mauricio Macías Navarrete, autores responsables del delito de tráfico de influencias, tipificado y sancionado en el artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal, en las modalidades de coautor y autor directo, respectivamente, por lo que se les impone la pena de OCHENTA (80) MESES DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD, por concurrir la circunstancia agravante no constitutiva o modificatoria de la infracción, contemplada en el artículo 47.5 del Código Orgánico Integral Penal; sin embargo, en atención del principio *non reformatio in pejus*, consagrado en el artículo 77.14 de la Constitución de la República del Ecuador³⁴,

³⁴ “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:

14. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre. Quien haya detenido a una persona con violación de estas normas será sancionado. La ley establecerá sanciones penales y administrativas por la detención arbitraria que se produzca en uso excesivo de la fuerza policial, en aplicación o interpretación abusiva de contravenciones u otras normas, o por motivos discriminatorios.

se mantiene la pena privativa de la libertad impuesta por el tribunal a quo. **Notifíquese y cúmplase.- f.-** Dra. Sylvia Sánchez Insuasti.- **JUEZA NACIONAL PONENTE.- f.-** Dr. Miguel Jurado Fabara.- **JUEZ NACIONAL.- f.-** Dr. Edgar Flores Mier.- **CONJUEZ NACIONAL.- VOTO SALVADO.- Certifico.- f.-** Dr. Carlos Rodríguez García.- **SECRETARIO RELATOR**



CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR

Para los arrestos disciplinarios de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, se aplicará lo dispuesto en la ley”.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y
TRÁNSITO
Juicio No. 0808-2015
Recurso de Apelación

VOTO SALVADO: Dr. Edgar Flores Mier.

Quito, viernes 23 de diciembre de 2016, a las 12h51.-

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

I. ANTECEDENTES

1.1 ANTECEDENTES PROCESALES.-

1.1.1 Fiscalía General del Estado, formuló cargos en contra de César Pico León, Oscar Lanata Álava, ex juez de primera instancia, y Freddy Macías Navarrete, ex juez provincial, por el delito de tráfico de influencias, previsto en el artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal –COIP-. Más tarde, por la comisión del mismo delito, Fiscalía vinculó a Edgar Flores Gonza, Rodrigo Serrano Valarezo y María Augusta Sánchez Lima, Jueces del Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial del Justicia de Pichincha.

1.1.2 En sentencia de 22 de octubre de 2015, las 09h05, la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional, acepta el acuerdo alcanzado entre Fiscalía General del Estado y César Pico León, por lo que se acepta el sometimiento del procesado al procedimiento abreviado y se le declara, simultáneamente, culpable, como autor directo de la conducta típica prevista en el artículo 286 del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndole la pena de dieciséis meses de privación de la libertad; además, al

pago de una multa de doce salarios básicos unificados del trabajador en general, conforme a lo prescrito en el artículo 70.7 ibídem.

1.1.3 En la etapa de evaluación y preparatoria del juicio, Fiscalía acusó a Oscar Lanata Álava, Freddy Macías Navarrete y Edgar Flores Gonza; y, emitió dictamen abstentivo a favor de Rodrigo Serrano Valarezo y María Augusta Sánchez Lima. Todos los procesados acusados fueron llamados a juicio.

1.1.4 El Tribunal de Garantías Penales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los doctores Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional Ponente, doctor Richard Villagómez Cabezas, Conjuez Nacional y el doctor Vicente Robalino Villafuerte, Ex Juez Nacional, dictó sentencia condenatoria, el 11 de enero de 2016, las 10h27, en contra de Oscar Enrique Lanata Álava y Freddy Mauricio Macías Navarrete, como autores del delito de tráfico de influencias, en el grado de tentativa, tipificado y sancionado en el artículo 285 del Código Penal, en concordancia con el artículo 39 ibídem; por lo que les impone la pena de TREINTA MESES DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD, sin atenuantes a su favor, por existir la agravante del artículo 47.5 del Código Orgánico Integral Penal. Además, les condena al pago de una multa individual de doce salarios básicos unificados del trabajador en general. Se ordena el comiso de los bienes incautados a los sentenciados al momento de la detención. Se declara ha lugar la reparación integral¹.

Respecto de Edgar Flores Gonza, la etapa de juicio se encuentra suspensa, por encontrarse prófugo.

1.1.5 De esta sentencia, los procesados señores Oscar Enrique Lanata Álava y Freddy Mauricio Macías Navarrete, interpusieron oportunamente recurso de apelación. Por la fecha en la que se impugnó la sentencia de primera instancia,

¹ Expediente de la Corte Nacional de Justicia, 10mo cuerpo, fs. 898-947 vta.

corresponde aplicar el Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014.

1.2. ANTECEDENTES FÁCTICOS.-

1.2.1. El 3 de junio del 2015, el doctor Oscar Enrique Lanata, Juez de primer nivel que conoció y resolvió la causa 4024-2014, que por expropiación se seguía en contra de la empresa INMOPLAZA (parte demandada), contactó vía whatsapp al abogado Oscar Pico Solórzano, patrocinador de la persona jurídica INMOPLAZA, diciéndole: *“Mijo, un pana quiere hablar contigo por el caso INMOPLAZA. Es algo bueno”*.

1.2.2. El 4 de junio de 2015, al medio día aproximadamente, en la ciudad de Quito, el abogado en libre ejercicio Oscar Pico Solórzano, recibió una llamada telefónica del señor César Pico León, en la que le ofrecía, a cambio de una suma de dinero, conseguir una sentencia favorable dentro de la causa 4024-2014, que en ese momento se tramitaba ante el tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, integrado por los doctores Edgar Flores Gonza (ponente), Rodrigo Serrano Valarezo y la doctora María Augusta Sánchez Lima, Jueces Provinciales.

1.2.3. En reunión de 12 de junio de 2015, las 18h00 aproximadamente, realizada en el Hotel Marriot, en la ciudad de Quito, el señor César Pico León, le indicó al señor Oscar Pico Solórzano, un borrador de la sentencia de segunda instancia en el caso INMOPLAZA, la que le sería favorable, gracias a sus influencias y a las del doctor Freddy Macías Navarrete, juez de la Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, siempre que cancelara la suma de ciento diez mil (110.000) dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Los señores César Pico León y Oscar Pico Solórzano, se reunieron en diferentes ocasiones, en el Hotel Marriot, para finiquitar la entrega del dinero.

1.2.3 La cantidad solicitada al señor Oscar Pico Solórzano, correspondía a un porcentaje de la diferencia entre lo mandado a pagar a INMOPLAZA en primera instancia y lo que obtendría en segunda instancia, beneficio económico que se repartiría entre Oscar Enrique Lanata Ávala –Juez de la Unidad Judicial Civil de Pichincha-, Edgar Flores Gonza –Juez provincial ponente de la causa 4024-2014- y Fredy Macías Navarrete –Juez provincial de la Sala Laboral-, amigo y compañero de Edgar Flores Gonza.

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

1.3.1 Oscar Enrique Lanata Álava²

El abogado Mario Bedoya Ullauri, defensor técnico del procesado, señor Franklin Fernando Quevedo Conde, fundamenta el recurso de apelación propuesto, manifestando en lo principal que:

- El procesado César Pico León, haciendo uso de una credencial falsa de la Presidencia de la República, comparecía a las Unidades judiciales para presionar la resolución de procesos; fue él quien tomó contacto con el señor Oscar Lanata, para solicitarle el número de teléfono del abogado Oscar Pico Solórzano, defensa técnica de una de las partes procesales dentro del proceso INMOPLAZA. Oscar Lanata y César Pico León, se conocían por proceder ambos de la ciudad de Guayaquil y ser ex compañeros de la Universidad Católica de Guayaquil. Con este antecedente, Oscar Lanata le envía un mensaje de whatsapp a su amigo y conocido Oscar Pico, diciéndole: *“Un abogado quiere hablar sobre el asunto del juicio de INMOPLAZA”*. Esa fue la única participación del señor Oscar Lanata.

² Expediente de la Corte Nacional de Justicia, acta de la audiencia de fundamentación del recurso, fs. 91-93

- Fiscalía General del Estado acusó a Oscar Lanata, en calidad de co-autor, al considerar que había coadyuvado a la ejecución del presunto tipo penal, mientras que el tribunal de juicio le declaró autor directo, de conformidad con el artículo 42.1 del Código Orgánico Integral Penal.
- La falta de motivación de la sentencia del tribunal juzgador, que viola el artículo 76.7.I) de la Constitución de la República del Ecuador, consiste en no expresar la valoración exacta de la prueba presentada tanto por Fiscalía, como por la defensa de los procesados. Ni siquiera se toma en cuenta que cuando Oscar Lanata envía el mensaje de whatsapp, éste no tiene relación alguna con el verbo rector del tipo penal del artículo 285, esto es, tráfico de influencias. Ninguno de los 10 testigos presentados por Fiscalía, incrimina al señor Oscar Lanata Álava, por el contrario, el principal testigo, el denunciante Oscar Pico Solórzano, en su testimonio rendido en audiencia de juicio, a las preguntas que se le formularon, señaló: **P.-** Indique usted si el abogado Oscar Lanata le habló sobre cambiar la sentencia; **R.-** No; **P.-** Indique si el abogado Lanata le habló de influenciar en el tribunal de apelación del caso INMOPLAZA, para cambiar el valor que se ordenó pagar en la sentencia de primera instancia; **R.-** No, jamás; **P.-** ¿Le dijo el abogado Oscar Lanata, que era su amigo César Pico León, quien le iba a subir el valor de la sentencia?; **R.-** No, solo me dijo que César Pico León quería hablar conmigo sobre ese juicio.
- Fiscalía presentó dentro de sus testigos a expertos en informática, quienes mediante videos, transcripciones y audiencias reservadas, determinaron que: *“Oscar Lanata, para qué vamos a interceptar, si no hay información sobre esos teléfonos”.*
- En la audiencia preparatoria de juicio, se solicitó la exclusión del testimonio de César Pico León, pedido que no fue concedido. En audiencia de juzgamiento, cuando se le pregunta a César Pico León sobre Oscar Lanata, dice: *“Sí, él me*

dio el número de teléfono de Oscar Pico Solórzano a pedido mío”; cuando se le pregunta si Oscar Lanata estaba involucrado en el cambio de la decisión en la sentencia, dice: “No, eso no”; y al preguntarle si Oscar Lanata iba a participar en el beneficio económico solicitado a César Pico, dice: “No, a mí me refirió el doctor Freddy Macías”.

- La doctora María Augusta Sánchez Lima, jueza provincial que integraba el tribunal que debía resolver en caso INMOPLAZA, al interrogatorio realizado por esta defensa dijo que: *“No conoce a Oscar Lanata, jamás ha pretendido influenciar en una sentencia, no ha comparecido a la Corte [Provincial], ni sé quién es, a pesar de ser judiciales en la misma sentencia”*; en el mismo sentido, la doctora Lupe Vintimilla, Secretaria de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, refirió: *“Veo todo el movimiento de la Sala, como llega el expediente, los proyectos de sentencia, pobrecito, él que hace aquí, no yo no lo conozco, jamás ha estado por el archivo, no lo conozco”*. El auxiliar del doctor Edgar Flores, ayudante judicial Rolando Mena, en su testimonio señala claramente que: *“Jamás el abogado Oscar Lanata, ni siquiera lo conoce y peor que haya tenido que ver con el movimiento de ese proyecto de sentencia”*.
- En la prueba que actuó Fiscalía oportunamente, se encuentran los seguimientos policiales, las reuniones en el hotel Marriot, reuniones en el vehículo marca Hummer del señor César Pico León y en ninguna de ellas participó el señor Oscar Lanata Álava, lo que desvirtúa el criterio de que actuó en forma directa o en el dominio del acto, o como cómplice, según prescribe el artículo 43 del Código Orgánico Integral Penal.
- Para la imposición de la pena, no se han considerado las atenuantes, a pesar de que los señores jueces sentenciadores indican la existencia de una, sin especificar cuál, lo que constituye una violación al artículo 44 del Código

Orgánico Integral Penal. El señor Oscar Lanata acreditó dos circunstancias atenuantes que debían ser tomadas en cuenta, esto es, las contempladas en el artículo 45.5.6 ibídem, pero por el contrario, se dice que ha concurrido la gravante contenida en el artículo 47.5 del Código Orgánico Integral Penal.

- Solicita se revoque la sentencia apelada y se ratifique el estado de inocencia del señor Oscar Lanata Álava, quien se encuentra libre.

1.3.2 Freddy Macías Navarrete³

El doctor Carlos Poveda Moreno, defensor técnico del procesado, señor Freddy Macías Navarrete, fundamenta el recurso de apelación propuesto, indicando que:

- Debe clarificar que en el Código Orgánico Integral Penal, se abandona el paradigma de la certeza, por el de la convicción, razón por la cual, la valoración de la prueba evacuada en juicio, tiene que realizarse en virtud de elementos de la sana crítica racional.
- Existen numerosos elementos probatorios que el tribunal de juicio no debía considerar, para alcanzar la convicción de la existencia de la infracción y la responsabilidad de los procesados. El primer elemento probatorio, es la vigilancia realizada por miembros de la Policía Nacional, sin que exista autorización de la autoridad jurisdiccional competente, y que jamás podía ser supervisada por una autoridad policial, ya que esa vigilancia afectaba un derecho fundamental como es la intimidad. Además, de los seguimientos realizados por la policía, se obtuvieron audios y videos, en los que el perito no identificó a personal alguna.

³ Ibíd., acta de la audiencia de fundamentación del recurso, f. 93 vta., - 95vta.

- El segundo elemento probatorio que no debía ser valorado por el tribunal de juicio, es el documento conferido por el Hotel Marriot, lugar donde supuestamente se habían encontrado los señores Oscar Pico Solórzano y César Pico León. Para el caso de medios probatorios documentales expedidos por personas particulares, el principio de legalidad obliga a que quien lo elaboró concurre ante el juez a reconocer el documento; sin embargo, en este caso, no compareció el representante legal de esta empresa.
- El tercer elemento probatorio, es la interceptación de llamadas telefónicas, que se solicitó inicialmente para el abogado Pico León, y para el procesado Oscar Lanata, en la que se realizó un descubrimiento inevitable, que de acuerdo a la doctrina norteamericana, constituye prueba ilícita, con ciertas excepciones, que le exige al sentenciador que justifique y motive su inclusión en el proceso, efectuando una supresión hipotética.
- El cuarto elemento probatorio, es la extracción de voz del señor Freddy Macías Navarrete, grabación que se realizó sin autorización del procesado y mediante engaños, ya que en el centro de privación de la libertad donde está detenido, le pidieron leer un cuento y nunca se le indicó que era con el propósito de obtener un registro público de su voz.
- Para los señores jueces del tribunal de primera instancia, la relación personal entre Freddy Macías Navarrete y los demás involucrados en el presente caso, queda establecida con el testimonio del funcionario judicial Rolando Javier Mena Fernández, ayudante del doctor Edgar Flores Gonza. Según el testimonio de Rolando Mena, Edgar Flores Gonza le había pedido que si le interrogaban, indicara que no le vio con Freddy Macías, cuando eso sí había sucedido, en dos ocasiones. Para sustentar su razonamiento, el tribunal a quo acude a las conjeturas, que no son medios probatorios idóneos para establecer

una sentencia condenatoria, puesto que reunirse entre jueces no está prohibido.

- En cuanto al testimonio de César Pico León, el tribunal a-quo, no señala bajo qué parámetros analizó este medio probatorio, que fue solicitado dentro del acuerdo en el que Fiscalía aceptó procesar a César Pico León con un procedimiento abreviado. Ya es una práctica cotidiana de Fiscalía aceptar la aplicación del procedimiento abreviado, generando de facto, una cooperación eficaz, bajo la dosificación de la sanción que corresponde al procesado, lo que genera una pena mínima para los que delatan a los demás procesados. El artículo 636 del Código Orgánico Integral Penal no admite que como condición para la aceptación del procedimiento abreviado, se imponga al procesado declarar en otro juicio; además, César Pico León, es un co-procesado, y el tribunal de juicio debió considerar esa situación, porque cómo se le puede dar credibilidad a la una persona que usaba una credencia falsa para hacerse pasar como asesor de la Presidencia de la República. La Resolución No. 002-2016 de la Corte Nacional de Justicia, establece que cuando existe procedimiento abreviado, el procesado no puede beneficiarse de suspensión condicional, es decir, no puede beneficiarse doblemente, que es lo que sucede en el presente caso, en el que César Pico León se benefició del procedimiento abreviado y de una reducción de la pena.
- Para cumplir con el elemento objetivo: *“prevaleciéndose de las facultades de su cargo o de cualquier situación derivada de su relación personal o jerárquica...”*, del tipo del artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal, el tribunal sentenciador utiliza el testimonio del señor Mena, porque él vio dos veces reunidos a Edgar Flores Gonza y Freddy Macías Navarrete, pero no se establece cómo supuestamente Freddy Macías Navarrete influenciaría en los otros dos miembros del tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia que debía resolver por apelación el caso

INMOPLAZA. No se cuenta con el testimonio del doctor Flores por encontrarse prófugo y la doctora Sánchez, miembro del tribunal de apelación en el caso INMOPLAZA, dijo que no conoce a Freddy Macías Navarrete, que nunca ha tratado ni ha sido influenciada por él.

- Tal vez, la conducta no se ajusta a tráfico de influencias sino otro tipo delictivo, porque si fácticamente no podía concurrir la influencia, respecto de los otros dos jueces [del tribunal de apelación en el caso INMOPLAZA], no hay dominio del hecho.
- Puede ser que se configure, en el presente caso, un delito imposible, porque de haber existido la supuesta sentencia por la que se estaba pactando un beneficio económico, más tarde podía presentarse recurso de casación. Nunca se expidió la sentencia de segunda instancia en el caso INMOPLAZA, ni hubo influencia de ningún tipo de parte de Freddy Macías Navarrete en contra de sus colegas jueces de Corte Provincial, en tal virtud, no se cumplen los presupuestos del artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal.
- El artículo 285, en la parte medular, prescribe que para que se consume el delito, es necesaria la participación de más de una persona, por lo tanto, este elemento es constitutivo del tráfico de influencias y no podía valorarse como agravante, prevista en el artículo 47.5 del Código Orgánico Integral Penal. Entonces, como la agravante ha sido indebidamente aplicada por el tribunal de primera instancia, sí cabe la aplicación de atenuantes de conformidad con el artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal.
- En la sentencia impugnada, se les negó a los procesados el derecho a la suspensión condicional de pena, porque se atribuyó que los hechos causaron conmoción pública; y, que al ser funcionarios públicos y administradores de justicia, reunían los requisitos que consagra el artículo 630.3 del Código

Orgánico Integral Penal. No es técnicamente viable, de que el mismo tribunal sentenciador, califique la gravedad de la conducta, debería existir otra forma de establecer suspensión condicional, porque quien valora los criterios de culpabilidad, no puede ser el mismo juez de ejecución.

- No todo en el proceso penal debe ser privación de libertad, en un Estado democrático el Derecho Penal es de última ratio, de mínima intervención, y sobre todo, de criterios de igualdad material y principios de proporcionalidad, no es posible que el delator esté libre mientras Freddy Macías Navarrete sigue privado de su libertad.
- Solicita se revise la sentencia, se corrija la aplicación de la sana crítica racional, se ratifique el estado de inocencia del señor Freddy Macías Navarrete y finalmente, que se le devuelva la computadora de uso personal que le fue incautada y que contiene su tesis de maestría.
- De manera subsidiaria, solicita se revise la aplicación de atenuantes, porque Freddy Macías Navarrete, ya ha pagado su condena.

1.3.3 Fiscalía General del Estado⁴

La doctora Cecilia Armas Erazo, Fiscal General subrogante, contesta a los recursos de casación, manifestando en lo principal:

- Respecto al recurso de casación interpuesto por Oscar Lanata Álava, aclara que en la parte expositiva de la sentencia objetada, se encuentran los hechos, los antecedentes, cómo y por qué se inició el proceso, la competencia de los jueces de la Corte Nacional de Justicia, en función del fuero que goza el doctor Freddy Macías Navarrete; en el considerando Quinto, se detallan las pruebas

⁴ Ibíd., acta de la audiencia de fundamentación del recurso, f. 7 vta.

testimoniales y documentales que presentó Fiscalía y la defensa técnica de los procesados, lo que le permitió al tribunal juzgador, luego de un análisis minucioso, alcanzar la convicción de la culpabilidad de los señores procesados doctores Enrique Lanata Álava y Freddy Mauricio Macías Navarrete, razón por la cual, la sentencia se encuentra completamente motivada.

- Todas las pruebas introducidas al proceso fueron legalmente pedidas, ordenadas y practicadas, lo que ya fue discutido ante la doctora Gladys Terán, Jueza Nacional, al anunciar la prueba, resolviéndose no excluir ninguna, entre ellas, la interceptación de llamadas telefónicas.
- En cuanto a la falta de aplicación de atenuantes, que ha sido una alegación tanto del procesado señor Oscar Lanata Álava, como de Freddy Macías Navarrete, en la sentencia recurrida, el tribunal juzgador explica que no ha tomado en cuenta las atenuantes, para modificar la pena, en atención al artículo 45.5 del Código Orgánico Integral Penal.
- En lo que se refiere al recurso de apelación propuesto por el señor Freddy Macías Navarrete, insiste en que la intervención de llamadas telefónicas se realizó a pedido del fiscal Franklin Bravo y con orden judicial emitida por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional. Con la autorización judicial, se procedió a intervenir los teléfonos del abogado Oscar Lanata, y el de Oscar Pico, es entonces cuando este último recibe una llamada del ex juez provincial doctor Freddy Macías Navarrete.
- Todas las pruebas gozan de legalidad y no se han obtenido violando normas constitucionales.
- En la audiencia de juzgamiento, el abogado del doctor Freddy Macías solicitó se excluyan algunas pruebas, entre ellas, el oficio de 11 de junio de 2015,

suscrito por el señor Carlos Manuel Barata Franca, apoderado de Marriot International Hotels Inc. Sucursal Ecuador, por medio del cual remitió unos videos que probaban las reuniones mantenidas entre Oscar Pico Solórzano y el doctor Freddy Macías Navarrete.

- La ley permite que haya un procedimiento abreviado, siempre y cuando se cumplan los requisitos que determina la ley y así sucedió con el co-procesado Oscar Pico Solórzano, al que la Fiscalía pidió se imponga la pena de dieciséis meses. El acuerdo para la aplicación del procedimiento abreviado fue calificado y aceptado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional.
- El principio de libertad probatoria, permite que las partes puedan sustentar su teoría del caso en la forma que estimen procedente, siempre y cuando no se vulnere principios constitucionales y legales. En el presente caso, no existe disposición legal alguna que impida a César Pico Solórzano rendir su testimonio, que es una fuente de información y constituye prueba plena, como oportunamente lo afirmó el tribunal juzgador.
- Fiscalía ha demostrado la existencia del delito prescrito en el artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal, lo que incluye el verbo rector, que es parte constitutiva de la conducta, como elemento objetivo del tipo.
- La suspensión de la pena solicitada por los procesados, fue rechazada motivadamente, para ello, el tribunal de primera instancia elaboró un amplio análisis doctrinario, expresando las razones por las cuales no concedían el pedido de los acusados, lo que está muy bien explicado en las hojas finales del fallo.
- Fiscalía ha examinado la sentencia y está conforme con la decisión del caso, a pesar de que los procesados fueron condenados por el delito en el grado de

tentativa, cuando Fiscalía los acusó como autores de un delito consumado.

- Solicita se rechacen los recursos de apelación interpuestos por Oscar Lanata Álava y Freddy Macías Navarrete.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1 COMPETENCIA.-

2.1.1 De conformidad con las resoluciones No. 01-2015, No. 02-2015 y el auto de dirimencia de competencia de 28 de septiembre de 2016, del Pleno de la Corte Nacional de Justicia; el acta de sorteo de la Sala Especializada de lo Penal de 28 de enero de 2015; y, el sorteo de ley efectuado el 06 de julio del 2015, las 11h07, el Tribunal de Casación está integrado por la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional, quien actúa como ponente en atención a lo dispuesto en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial⁵; y, los doctores Jorge M. Blum Carcelén y Miguel Jurado Fabara, Jueces Nacionales.

2.1.2 En concordancia con lo dispuesto en el artículo 174 del Código Orgánico de la Función Judicial⁶, integra el Tribunal en la audiencia oral, pública y de contradictorio de fundamentación del recurso de apelación, el doctor Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional, por aceptación de la excusa presentada por el doctor Richard Villagómez Cabezas, Conjuez Nacional⁷, conforme con el acta de sorteo de 07 de noviembre de 2016, las 15h15, suscrita por la doctora Isabel Garrido, Secretaria General de la Corte Nacional de Justicia.

⁵ Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 141.- Siempre que la resolución deba ser dictada por un tribunal, existirá una jueza o juez ponente.

⁶ Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 174: “En caso de ausencia o impedimento de una jueza o juez que deba actuar en determinados casos, la Presidenta o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia llamará, previo el sorteo respectivo a una conjueza o conjuez para que lo reemplace.”

⁷ Actúa el doctor Richard Villagómez Cabezas, Conjuez Nacional, por licencia concedida al doctor Jorge M. Blum Carcelén, Juez Nacional, de conformidad con el Oficio No. 1491-SG-CNJ-MBZ, de 24 de octubre de 2016, suscrito por el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

2.1.3 La Jueza, Juez y Conjuez Nacionales actuantes, somos competentes para conocer la presente causa, en atención a lo dispuesto en los artículos 76.7.k), 178.1 de la Constitución de la República; 7, 156, 168.2, 186.3, 192.2 del Código Orgánico de la Función Judicial, reformados por la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013; y 398, 399, 400.1, 404.1.8 y 653.4 del Código Orgánico Integral Penal.

2.2. VALIDEZ PROCESAL.-

El presente proceso penal se ha tramitado de conformidad con lo establecido en los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República del Ecuador y las reglas generales de impugnación dispuestas en el artículo 652 del Código Orgánico Integral Penal. Por lo que, al no existir vicios de procedimiento, ni omisión de solemnidades sustanciales, habiéndose observado las garantías del debido proceso, este Tribunal de Apelación, declara la validez de lo actuado.

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

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

2.3.2. El derecho a recurrir de las decisiones judiciales, se encuentra garantizado en los artículos 8.2.h) de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de

San José), que prescribe: “8. *Garantías Judiciales.- 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*”; y, 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dice: “5. *Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley*”.

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

2.3.4. Los tribunales de segunda instancia, garantizan el ejercicio del derecho de toda persona, a recurrir del fallo ante un nuevo tribunal superior, que hace parte del Derecho Internacional de los derechos humanos y en consecuencia, debe cumplirse un estándar mínimo que permita garantizar su ejercicio. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha manifestado que el derecho a recurrir del fallo implica:

“...una revisión de los hechos objeto de la causa, un estudio acabado del juicio, dando de esta forma garantías reales a los acusados de que su causa será vista y sus

derechos serán garantizados en conformidad a los principios del debido proceso establecidos en el artículo 8 de la Convención, antecedentes que no se cumplieron en la presente causa, habiéndose en consecuencia violado el artículo 8, párrafo 2, letra h) de la Convención⁸”.

Ratificando este criterio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desarrollando el contenido del derecho a recurrir del fallo ante un tribunal superior, contenido en el artículo 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha indicado que:

*“La Corte ha considerado el derecho a recurrir el fallo como una de las garantías mínimas que tiene toda persona que es sometida a una investigación y proceso penal. En razón de lo anterior, la Corte ha sido enfática al señalar que el derecho a impugnar el fallo tiene como objetivo principal proteger el derecho de defensa, puesto que otorga la oportunidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión judicial en el evento que haya sido adoptada en un procedimiento viciado y que contenga errores o malas interpretaciones que ocasionarían un perjuicio indebido a los intereses del justiciable, lo que supone que el recurso deba ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Este derecho permite corregir errores o injusticias que puedan haberse cometido en las decisiones de primera instancia, por lo que genera una doble conformidad judicial, otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado y brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. **En concordancia con lo anterior, a efectos que exista una doble conformidad judicial, la Corte ha indicado que lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral de la sentencia recurrida⁹”.***

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999, (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 158

⁹ Corte Interamericana De Derechos Humanos, caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, sentencia de 30 de enero de 2014, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 85

Para que el principio de doble instancia en materia penal, cumpla con su aspecto material, el tribunal superior está compelido a revisar integralmente la sentencia que ha llegado a su conocimiento, reexaminándola en su totalidad (alegaciones de las partes, aporte probatorio, adecuación típica, proporcionalidad de la pena, vicios de procedimiento o sustanciales), para que entonces pueda, motivadamente, revocar, confirmar, modificar o anular la sentencia del tribunal que le antecedió en la tramitación de la causa. Este criterio, también ha sido confirmado por el Comité de Derechos Humanos, en múltiples pronunciamientos¹⁰.

En conclusión, el tribunal de segunda instancia, al tener acceso directo a las pruebas introducidas al juicio, debe revisar los aspectos sustantivos y procesales del proceso, de modo que pueda establecer los hechos, a partir de un análisis en conjunto del acervo probatorio y los alegatos de las partes, lo que efectiviza los principios de oralidad, publicidad, contradicción y principalmente inmediación, que rigen que el proceso penal.

2.4. ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN.-

Conforme lo dispone el artículo 652 del COIP, una de las reglas de la etapa de impugnación, es la fundamentación del recurso, donde el recurrente deberá exponer con precisión los puntos a los cuales se contrae su recurso; y, a su vez, los juzgadores, resolverán la etapa de impugnación conforme al objeto fijado por las partes procesales, conforme al principio dispositivo señalado en el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.

2.4.1. La defensa técnica del procesado Oscar Enrique Lanata Álava, alegó Violación del artículo 76.7.I de la Constitución de la República del Ecuador, por cuanto la sentencia no es motivada, al no haberse hecho una valoración exacta de la prueba de

¹⁰ Organización de las Naciones Unidas, M. Sineiro Fernández c. España (1007/2001), dictamen de 7 de agosto de 2003, párr. 7 y 8; y, C. Gómez Vásquez c. España (701/1996), dictamen de 20 de julio de 2000, párr. 11.1.

cargo y de descargo.

En reiterados fallos esta Sala, ha manifestado que la motivación constituye una obligación de los órganos jurisdiccionales, una garantía del debido proceso, que asegura a los justiciables conocer las causas por las que la o el juzgador aceptó o negó las pretensiones planteadas por los sujetos procesales, por lo tanto no puede ser vista como una formalidad, sino como un derecho. La Corte Constitucional para el periodo de transición, sobre la motivación ha dicho: *“...Como parte esencial de los principios que forman parte del derecho al debido proceso se encuentra la motivación de las sentencias, puesto que con ellos se configura el accionar conforme a la Constitución y Derecho por parte de las diversas autoridades públicas, quienes son las primordialmente llamadas a velar por el cumplimiento de los principios y garantías constitucionales. En la especie, este principio de motivación se articula simbióticamente con el derecho a una tutela judicial efectiva, y obviamente aquello contribuirá a garantizar la seguridad jurídica dentro de un estado constitucional, con el objeto de que quienes acuden a los diversos órganos jurisdiccionales no queden en la indefensión, y de generar la confianza debida en el sistema jurídico ecuatoriano; empero, aquello no significa exclusivamente a acceder a los órganos jurisdiccionales, sino que una vez ejercitado aquel derecho, los jueces y las juezas deben guiar sus actuaciones diligentemente en aras de alcanzar la tan anhelada justicia, y es precisamente a través de la motivación de las resoluciones judiciales cuando los jueces y juezas determinan que sus actuaciones se han producido con apego a la Constitución y las leyes que rigen un caso en concreto”*¹¹.

De su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto del estándar mínimo que debe cumplir una resolución para ser considerada debidamente motivada, ha señalado: *“El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que pueda afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la*

¹¹ Sentencia N°003-10-SEP-CC. Registro Oficial 117 de 27 de enero de 2010.

*argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomadas en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Así mismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el artículo 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso”.*¹².

Esta Corte Nacional ha sostenido en reiterados fallos que: La sentencia no es simplemente un documento suscrito por el juez sino el resultado de una génesis que tiene lugar en dos planos diversos: **el objetivo**, que es propiamente el proceso considerado en sentido jurídico, integrado por las varias etapas que la ley contempla, y el **subjetivo**, que corresponde a la operación mental efectuada por el fallador, en cuyo fondo lógico hay un silogismo que tiene como premisa mayor la norma general y abstracta de la ley, por premisa menor los hechos controvertidos y por conclusión la parte resolutive del fallo, que se constituye en mandato concreto, obligatorio para quienes fueron parte dentro del proceso¹³. La sentencia constituye un proceso de valoración jurídica, y de selección de las normas aplicables al caso, es así que la sentencia debe ser razonada y fundamentada, y debe decidir con claridad los puntos materia de la controversia, en este sentido, debe existir la respectiva conformidad entre los elementos fácticos, y la norma jurídica en la que se sustenta la resolución. Igualmente, al ser la sentencia un proceso lógico e integral, esta debe guardar la respectiva armonía y congruencia entre sus partes descriptiva, motiva y resolutive.

Al ser los jueces los únicos autorizados constitucionalmente para en nombre del pueblo administrar justicia¹⁴, la sentencia es una declaración soberana del Estado, que consiste en el pronunciamiento de fondo relacionado con el conflicto de intereses surgido en el interior de la sociedad, “...en la pretensión de realizar el valor superior de la justicia, por medio de un juez, único o colegiado, que sanciona al responsable y

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Apizt Barbera y otros vs Venezuela, 5 de agosto de 2008, párrafos 77 y 78.

¹³ Véase el proceso N° 1167-2013, juicio por drogas.

¹⁴ Véase artículo 167 Constitución de la República del Ecuador.

restablece el derecho en lo posible, protege a la víctima o absuelve, todo para mantener el orden público y, por ende, la vigencia institucional”¹⁵

El artículo 76.7.I de la Constitución de la República del Ecuador, establece que:

“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 motivados. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.

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

“Art. 130.- FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben:

4. Motivar sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la

¹⁵ Orlando O. Rodríguez Ch. *Casación y Revisión Penal*. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia. Año 2008. Pág. 84.

pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos”.

Asimismo, esta Sala respecto a la alegación de falta de motivación ha dicho: “(...) no se puede tomar como circunstancias iguales o similares a la falta de motivación y a la motivación errada; diferenciamos los dos conceptos de la siguiente manera: a) La falta de motivación se da porque de plano ésta es inexistente, o porque uno de los elementos que la presuponen, ya sea los fundamentos de hecho o de derecho, faltan al revisar el fallo del juzgador; en estos casos, es aplicable el artículo 76.7.I) de la Constitución de la República, para anular el fallo impugnado y volver a dictar otro que cumpla con la garantía de motivación otorgada a las partes procesales, ya que precisamente la norma constitucional determina a los fundamentos de hecho y de derecho como elementos indispensables de esta institución jurídica; b) Cuando la motivación está presente en el fallo, porque el juzgador ha expresado los resultados de la valoración probatoria y ha aplicado sobre ellos el derecho que ha creído pertinente, la norma constitucional deja de tener aplicación con la finalidad de anular el fallo, aunque estos sean errados, pues no prevé la posibilidad de efectuar esta actividad, en una sentencia en que los argumentos del juzgador estén alejados de la realidad fáctica que han demostrado las pruebas, o del sentido y alcance que ha sido determinado por el legislador, por las normas jurídicas que ha aplicado el órgano jurisdiccional al resolver el caso; en estos supuestos, lo que se configuran son errores de hecho y de derecho, que si bien recaen sobre la motivación, no la vuelven inexistente, sino errónea, falencias que pueden ser resueltas mediante el recurso de apelación (para errores de hecho), o el de casación (para errores de derecho), pero no por la declaratoria de nulidad prevista en el artículo 76.7.I) de la Constitución”¹⁶

En el caso *subjudice*, el tribunal *a-quo* de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en la sentencia recurrida en los considerandos quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno, luego de referirse a la prueba de cargo y descargo aportada por los sujetos procesales; los

¹⁶ Sentencia dentro del proceso penal N° 658-2013-Ramírez vs Lasso, delito de plagio.

alegatos finales expuestos por Fiscalía y las defensas técnicas de los procesados: Oscar Enrique Lanata Álava y Freddy Mauricio Macías Navarrete; valoración de la totalidad de la prueba; análisis del juicio de tipicidad del delito imputado; la responsabilidad de cada uno de los procesados; y, la decisión final, concluye finalmente declarar la culpabilidad de los procesados: Oscar Enrique Lanata Álava y Freddy Mauricio Macías Navarrete, “...como autores directos, del delito de tráfico de influencias, tipificado y sancionado en el artículo 285 COIP, en grado de tentativa, conforme a lo prescrito en el artículo 39 ibídem; por lo que, se los condena a la pena en concreto de treinta meses de privación de libertad, sin atenuantes que considerar por existir una agravante no constitutiva ni modificatoria de la infracción, prevista en el artículo 47.5, *ejusdem*...En cumplimiento del artículo 70.7, COIP, se condena a Oscar Enrique Lanata Álava y Freddy Mauricio Macías Navarrete, al pago de una multa individual de doce salarios básico unificados de trabajador en general...”. De tal manera que, el tribunal de juicio no solo hace mención de las disposiciones jurídicas relacionadas a los hechos sometidos a juzgamiento, sino que por mandato constitucional explica la pertinencia de aplicación de estas disposiciones al caso en concreto, puesto que los hechos configuran el tipo penal acusado, existe prueba de su existencia material y de la responsabilidad de los procesados; por lo tanto, la sentencia se encuentra debidamente motivada, siendo ésta razonable, lógica y comprensible.

2.4.2. Respecto a la alegación de ilegalidad de las pruebas introducidas a juicio por Fiscalía General del Estado, se absolverá en primer lugar, la ilegalidad del testimonio del señor César Pico León, por ser una acusación de los dos procesados recurrentes señores Oscar Enrique Lanata Álava Freddy Mauricio Macías Navarrete.

Es necesario precisar, que en el presente proceso penal ordinario, se juzgan los actos de los señores Oscar Lanata Álava y Freddy Macías Navarrete, quienes fueron acusados por Fiscalía, por el delito de tráfico de influencias, tipificado y sancionado en el artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal, en calidad de coautores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.3 ibídem. En contraste, la situación jurídica del señor Oscar Pico León, ya fue discutida y resuelta, en aplicación del procedimiento abreviado, que fue sustanciado según lo prescriben los artículos 635 a

638 del Código Orgánico Integral Penal, ante la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional, quien aceptó en sentencia de 22 de octubre de 2015, las 09h05, el acuerdo alcanzado entre Fiscalía y el procesado. Esta resolución, al no haber sido impugnada, se encuentra ejecutoriada y constituye cosa juzgada sobre la que este Tribunal de Apelación, no tiene competencia para pronunciarse.

Al caso *sub júdice*, no se ha introducido el acuerdo entre Fiscalía y el señor Oscar Pico León, como prueba documental, contrariamente, el señor Oscar Pico León compareció a juicio en calidad de testigo de Fiscalía General del Estado, sin que pueda aplicársele las reglas de cooperación eficaz, a las que hace referencia el artículo 491 del Código Orgánico Integral Penal¹⁷, porque como ya se señaló, el señor Oscar Pico León se sometió previamente a la aplicación del procedimiento abreviado, momento procesal dentro del cual se definió la sanción penal que le correspondía.

El testimonio del señor Oscar Pico León, rendido en audiencia de juicio, no ha violentado de forma alguna el artículo 76.4 de la Constitución de la República¹⁸, y ha sido respetuoso de los principios que rigen la práctica de la prueba, prescritos en el artículo 454 del Código Orgánico Integral¹⁹, así como de las reglas específicas para

¹⁷ “Art. 491.- Cooperación eficaz.- Se entenderá por cooperación eficaz el acuerdo de suministro de datos, instrumentos, efectos, bienes o informaciones precisas, verídicas y comprobables, que contribuyan necesariamente al esclarecimiento de los hechos investigados o permitan la identificación de sus responsables o sirvan para prevenir, neutralizar o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad”.

¹⁸ “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:

4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”.

¹⁹ “Art. 454.- Principios.- El anuncio y práctica de la prueba se regirá por los siguientes principios:

1. Oportunidad.- Es anunciada en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio y se practica únicamente en la audiencia de juicio.

Los elementos de convicción deben ser presentados en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio. Las investigaciones y pericias practicadas durante la investigación alcanzarán el valor de prueba, una vez que sean presentadas, incorporadas y valoradas en la audiencia oral de juicio.

Sin embargo, en los casos excepcionales previstos en este Código, podrá ser prueba el testimonio producido de forma anticipada.

2. Inmediación.- Las o los juzgadores y las partes procesales deberán estar presentes en la práctica de la prueba.

3. Contradicción.- Las partes tienen derecho a conocer oportunamente y controvertir las pruebas, tanto las que son producidas en la audiencia de juicio como las testimoniales que se practiquen en forma anticipada.

rendir testimonio, previstas en el artículo 502.1²⁰ ibídem. El señor Oscar Pico León declaró de forma oral, característica indispensable en el sistema acusatorio y simultáneamente, garantía del principio de inmediación, permitiendo a todos los sujetos procesales acceso a la prueba testimonial, mediante el interrogatorio y el contrainterrogatorio.

La narración de los hechos por parte del señor Oscar Pico León, en los que, admite su participación, es coherente con las demás pruebas aportadas a juicio, razón por la cual, no existe motivo para dudar de su credibilidad. Desacreditar al testigo, era labor de la defensa de los procesados recurrentes, al realizar el contrainterrogatorio, de modo que extrajeran del testimonio, elementos que permitan establecer inconsistencias en el relato. Entonces, sin que exista violación constitucional alguna a la práctica de la prueba testimonial brindada por Oscar Pico León y solicitada por Fiscalía General del Estado, no existe razón para excluirla.

2.4.3. El procesado y recurrente señor Freddy Mauricio Macías Navarrete, además del testimonio del señor Oscar Pico León, alegó que el tribunal a quo, no debía considerar como elementos probatorios:

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.

5. Pertinencia.- Las pruebas deberán referirse, directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la infracción y sus consecuencias, así como a la responsabilidad penal de la persona procesada.

6. Exclusión.- Toda prueba o elemento de convicción obtenidos con violación a los derechos establecidos en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos o en la Ley, carecerán de eficacia probatoria, por lo que deberán excluirse de la actuación procesal.

Se inadmitirán aquellos medios de prueba que se refieran a las conversaciones que haya tenido la o el fiscal con la persona procesada o su defensa en desarrollo de manifestaciones preacordadas.

Los partes informativos, noticias del delito, versiones de los testigos, informes periciales y cualquier otra declaración previa, se podrán utilizar en el juicio con la única finalidad de recordar y destacar contradicciones, siempre bajo la prevención de que no sustituyan al testimonio. En ningún caso serán admitidos como prueba.

7. Principio de igualdad de oportunidades para la prueba.- Se deberá garantizar la efectiva igualdad material y formal de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal”.

²⁰ “Art. 502.- Reglas generales.- La prueba y los elementos de convicción, obtenidos mediante declaración, se regirán por las siguientes reglas:

1. El testimonio se valorará en el contexto de toda la declaración rendida y en relación con las otras pruebas que sean presentadas”.

1. La vigilancia realizada por miembros de la Policía Nacional, por no haber sido autorizada por la autoridad jurisdiccional competente.
2. El documento conferido por el Hotel Marriot, porque el representante legal de la empresa no compareció a reconocerlo.
3. La interceptación de llamadas telefónicas solicitadas inicialmente para Oscar Lanata Álava y César Pico León; y,
4. La extracción de voz del señor Freddy Macías Navarrete, grabación que se realizó sin autorización del procesado y mediante engaños.

En cuanto al primer numeral, en auto de 10 de junio de 2015, las 17h00, la jueza de garantías penales competente, sustentada en los artículos 444.14²¹ y 449.3.9²² del Código Orgánico Integral Penal, ordenó la realización de vigilancia, seguimientos, filmaciones, grabaciones, tomas fotográficas y demás diligencias afines, de los señores César Pico León y Oscar Lanata Álava, disponiendo también la interceptación de los celulares 0997591700 y 0997000623, por el lapso de 90 días. Con el antecedente del parte informativo No. 0012015 PJZ, el 17 de junio de 2015, la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional, dispuso a Fiscalía, conforme las atribuciones del artículo 444.14 del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con el artículo 449.2²³ ibídem., continuar con los trabajos de seguimiento, relacionados con las actividades de los señores César Pico León, Oscar Lanata Álava y Freddy Macías Navarrete.

²¹ “Art. 444.- Atribuciones de la o el fiscal.- Son atribuciones de la o el fiscal, las siguientes:

14. Disponer la práctica de las demás diligencias investigativas que considere necesarias.

Siempre que se limiten los derechos de alguna persona se requerirá autorización de la o el juzgador.

La o el denunciante o cualquier persona que, a criterio de la o el fiscal, deba cooperar para el esclarecimiento de la verdad, tendrá que comparecer ante la Fiscalía para la práctica del acto procesal respectivo. En caso de incumplimiento la o el fiscal podrá solicitar la comparecencia con el uso de la fuerza pública”.

²² “Art. 449.- Atribuciones.- Son atribuciones del personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses:

3. Realizar las primeras diligencias investigativas, tales como: entrevistas, vigilancias, manejo de fuentes y otros, las que serán registradas mediante grabación magnetofónica o de video.

9. Cumplir las órdenes que les imparta la o el fiscal o la o el juzgador”.

²³ “Art. 449.- Atribuciones.- Son atribuciones del personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses:

2. Recibir denuncias en delitos de ejercicio público de la acción penal y remitirlas de forma inmediata a la Fiscalía para su tramitación”.

Entonces, de forma opuesta a lo que afirma la defensa del procesado señor Freddy Mauricio Macías Navarrete, la autorización de los trabajos de seguimiento, realizados por la Policía Nacional, por órdenes de Fiscalía General del Estado, sí provino de una autoridad jurisdiccional competente, esto es, la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

En relación con el Oficio remitido por el señor Carlos Manuel barata Franco, apoderado general de “MARRIOT INTERNATIONAL HOTELS, INC.”, sucursal Ecuador, en el cual, acompaña una copia de los videos captados por las cámaras de video de vigilancia correspondientes al día 4 de junio de 2015, entre las 12h50 y las 13h20, esta prueba documental, ha sido valorada por el tribunal de juicio, de conformidad con lo dispuesto en las reglas generales del artículo 499.2 del Código Orgánico Integral Penal²⁴, razón por la cual, no era necesaria la comparecencia de quien suscribió el documento, ya que su contenido se contrastó con los testimonios de los señores César Pico León y Oscar Pico Solórzano, quienes detallaron las reuniones que se celebraron en el lobby del Hotel Marriot, para pactar la sentencia favorable en el caso INMOPLAZA.

En lo que concierne a la interceptación de las llamadas telefónicas, efectuada por el Sistema de Vigilancia Técnica Electrónica SVT-E, se tiene que: el 10 de junio de 2015, la doctora Janeth Chauvin, Jueza de la Unidad Judicial de Garantías Penales con competencia en delitos flagrantes, autorizó el progresivo de interceptación del número de teléfono 0997591700, perteneciente al señor César Pico León, abogado en libre ejercicio. A éste número de teléfono, que se encontraba interceptado con orden judicial de autoridad competente, el señor Freddy Macías Navarrete, realizó una llamada desde su número telefónico 0995714696, constituyéndose en interlocutor de

²⁴ “Art. 499.- Reglas generales.- La prueba documental se registrará por las siguientes reglas:

2. La o el fiscal o la o el defensor público o privado, podrá requerir informes sobre datos que consten en registros, archivos, incluyendo los informáticos, que se valorarán en juicio”.

una comunicación de la que, una vez efectuado el análisis pericial, se determinó que tenía relación con la comisión del delito de tráfico de influencias, por el que se investigaba al señor César Pico León.

El artículo 476 del Código Orgánico Integral Penal, prescribe que:

“Art. 476.- Interceptación de las comunicaciones o datos informáticos.- La o el juzgador ordenará la interceptación de las comunicaciones o datos informáticos previa solicitud fundamentada de la o el fiscal cuando existan indicios que resulten relevantes a los fines de la investigación, de conformidad con las siguientes reglas:

2. **La información relacionada con la infracción que se obtenga de las comunicaciones que se intercepten durante la investigación serán utilizadas en el proceso para el cual se las autoriza** y con la obligación de guardar secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen.

3. **Cuando, en el transcurso de una interceptación se conozca del cometimiento de otra infracción, se comunicará inmediatamente a la o al fiscal para el inicio de la investigación correspondiente.** En el caso de delitos flagrantes, se procederá conforme con lo establecido en este Código”. [Las negrillas no pertenecen al texto original].

En el presente caso, obtenida la comunicación entre los señores César Pico León y Freddy Macías Navarrete, como resultado de la interceptación de comunicaciones, legalmente ordenada por autoridad competente, al número de teléfono 0997591700, perteneciente al señor César Pico León, la introducción a juicio, de la conversación establecida entre los dos procesados es legal y constitucional, porque el artículo 476.2 del Código Orgánico Integral Penal, no discrimina las llamadas realizadas por el dispositivo interceptado, de aquellas que recibe de otros números.

La teoría del descubrimiento inevitable, invocada por el tribunal a quo, tiene su origen en el desarrollo jurisprudencial norteamericano, no obstante, su aplicación no ha sido uniforme en los tribunales de Estados Unidos de Norteamérica. Su formulación acepta

que, en los casos en los que una prueba tiene un origen ilícito, puede ser aceptada si y solo si, su descubrimiento hubiese devenido inevitablemente, de otras actuaciones investigativas lícitas²⁵. No es pertinente aplicar al caso concreto, una teoría proveniente del sistema anglosajón, cuando existe legislación local que señala cuál debe ser la actuación de los agentes investigadores en el ejercicio de sus competencias, así como los parámetros que el juzgador debe evaluar para calificar la licitud de una prueba. Además, si se elige aplicar una teoría proveniente de un precedente jurisprudencial internacional, debe explicarse cómo esa teoría se alinea con el ordenamiento jurídico vigente en Ecuador, para explicar su uso, todo lo que el tribunal de primera instancia no ha realizado.

Consiguientemente, la excepción del descubrimiento inevitable, no es aplicable a la causa *in examine*, porque la comunicación entre César Pico León y Freddy Macías Navarrete, no fue obtenida de forma ilegal, es decir, no es un caso particular de aplicación de la teoría del árbol envenenado, sino que es producto de una actuación especial de investigación, que se desarrolló en el marco del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Finalmente, en cuanto a la extracción de voz del señor Freddy Macías Navarrete, que se realizó con el propósito de cotejarla con los registros de voz que se obtuvieron de la interceptación de comunicaciones, la muestra provino del sistema AVIS+F de la Policía Nacional, según lo acreditó el perito Hernán Vásconez Ñaupari. No existe elemento alguno, que haga parte del acervo probatorio agregado a juicio, que permita establecer que la grabación que contiene el registro de voz del procesado recurrente, haya sido obtenida mediante engaños o coerción alguna, por lo que no procede su exclusión del proceso.

²⁵ Cfr. Manuel Miranda Estrampes, *La Prueba Ilícita: La Regla de Exclusión Probatoria y sus Excepciones*, en versión digital en: <http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194215/260389>

2.4.4 Respecto del tipo penal seleccionado por el tribunal a quo, para subsumir la conducta de los procesados señores Oscar Lanata Álava y Freddy Macías Narváez, esto es, tráfico de influencias, el artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal, prescribe lo siguiente:

“Art. 285.- Tráfico de influencias.- Las o los servidores públicos, y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, prevaleciendo de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica, ejerza influencia en otra u otro servidor para obtener un acto o resolución favorable a sus intereses o de terceros, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

El máximo de la pena prevista será aplicable cuando las personas descritas en el primer inciso, aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen, se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les concedan contratos o permitan la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público.

Están incluidos dentro de esta disposición las y los vocales o miembros de los organismos administradores del Estado o del sector público en general, que, con su voto, cooperen a la comisión de este delito”.

De la descripción típica del artículo 285, se puede extraer que:

- a) El elemento subjetivo del tipo es exclusivamente doloso, es decir, el sujeto activo actúa con el designio de causar daño²⁶, lo que a su vez comprende conocimiento de que la conducta en la que se incurre es ilícita y se participe en ella voluntariamente.
- b) El bien jurídico protegido, es la eficiencia de la administración pública.
- c) Los sujetos activo y pasivo de la infracción son calificados, es decir, requieren cumplir una calidad específica para poder subsumir su conducta al tipo. En el caso del tráfico de influencias, el sujeto activo debe ser servidor público, o actuar en virtud de una potestad estatal; el sujeto pasivo debe ser servidor

²⁶ Código Orgánico Integral Penal, “Art. 26.- Dolo.- Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño”.

público. En el caso concreto, está justificado que los procesados Oscar Enrique Lanata Álava y Freddy Mauricio Macías Navarrete, en la fecha de ocurridos los hechos se desempeñaban como servidores judiciales, en sus calidades de jueces de primera instancia y segunda instancia, respectivamente, de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

d) El tipo penal, exige, entre sus elementos objetivos, la participación de un sujeto activo que prevaleciendo de su autoridad o de cualquier situación de superioridad e inclusive de algún grado de amistad, ejerce la influencia sobre otro funcionario o autoridad.

e) El verbo rector es influenciar. La influencia debe ejercerse con la intención de obtener un acto o resolución favorable al sujeto activo o a un tercero. Es decir, se trata de sancionar que una persona pueda incidir en el proceso motivador del funcionario público a adoptar una resolución relativa a su cargo o función.

De acuerdo al texto de la norma jurídica del artículo 285 del COIP, el tipo penal se trata de un delito de resultado, “...pues para obtener un acto o resolución favorable a sus intereses o de terceros...”, toda vez que, el delito de tráfico de influencias, “..exige una relación de causalidad, misma que conforme a la prueba aportada ha quedado establecida en el grado de tentativa idónea, ya que los hoy acusados ejecutaron todas las acciones conducentes a la obtención de una resolución favorable, la cual no pudo obtenerse por circunstancias ajenas a su voluntad”, como bien lo señala en su sentencia el tribunal a-quo.

2.4.5 En el caso *sub júdice*, el señor Oscar Enrique Lanata Álava fue acusado por Fiscalía General del Estado, como coautor del delito de tráfico de influencias, mientras que el tribunal de primera instancia, le condenó como autor directo, de la misma conducta punible, en el grado de tentativa.

Al respecto, se debe empezar por precisar que el artículo 42 del Código Orgánico Integral Penal, contempla diversas modalidades de autoría:

“Art. 42.- Autores.- Responderán como autoras las personas que incurran en alguna de las siguientes modalidades:

1. Autoría directa:

- a) Quienes cometan la infracción de una manera directa e inmediata.
- b) Quienes no impidan o procuren impedir que se evite su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo.

2. Autoría mediata:

- a) Quienes instiguen o aconsejen a otra persona para que cometa una infracción, cuando se demuestre que tal acción ha determinado su comisión.
- b) Quienes ordenen la comisión de la infracción valiéndose de otra u otras personas, imputables o no, mediante precio, dádiva, promesa, ofrecimiento, orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto.
- c) Quienes, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obliguen a un tercero a cometer la infracción, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin.
- d) Quienes ejerzan un poder de mando en la organización delictiva.

3. Coautoría: Quienes coadyuven a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción”.

Para su configuración, la autoría directa exige que el sujeto activo transite por todos los elementos del tipo penal, de manera que actúa con dominio del hecho, como acertadamente afirma el tribunal a quo en su sentencia: *“Para el caso en análisis, la participación del acusado, Oscar Enrique Lanata Álava (ex juez), en el injusto penal, fue de una manera directa, ya que tuvo el dominio del hecho, ya que sin su acción, el tipo objetivo no se habría iniciado”*.

Doctrinariamente, la autoría directa o inmediata unipersonal, se define como:

“Esta se refiere al dominio de la acción o “dominio formal del hecho” (Jakobbs), la cual se da cuando el sujeto cumple de forma inmediata todos los elementos del tipo. Es

entonces autor quien de modo inmediato, de propia mano y cumpliendo todos los restantes requisitos señalados por el tipo (tanto objetivos como subjetivos), realice la acción típica. Quien actúe de tal manera lo hace con dominio del hecho²⁷”.

Por su parte, la coautoría, es:

“...una forma de autoría, que presenta unas características muy propias, porque se produce la concurrencia de varias personas (coautores) cuyas aportaciones no constituyen una simple ayuda o contribución a un hecho punible ajeno cometido por el autor, sino una conjunta realización del tipo delictivo entre varios, de la cual todos son responsables en la misma medida²⁸”.

No debe confundirse a la coautoría, con pluriautoría. En esta última, existen diferentes personas que cumplen cada una, con todos los elementos del tipo penal. Por el contrario, en el caso de coautoría, si bien existen múltiples intervinientes, cada uno cumple una parte de la acción típica, de modo que el resultado delictivo, le es imputable a todos ellos. En la coautoría, se verifica la existencia de: (i) Acuerdo para la realización típica (entre quienes pactan para la ejecución del delito); y, (ii) Contribución al hecho punible, que se refiere a la prestación de un aporte en la fase ejecutiva del delito, conforme al acuerdo previo.

Ahora, conviene precisar cuáles fueron los actos imputables al procesado señor Oscar Enrique Lanata Álava, debidamente probados en juicio, por los que se determinó su responsabilidad penal, como autor directo en el cometimiento del delito de tráfico de influencias, en el grado de tentativa. Consta en el considerando Octavo de la sentencia dictada por el tribunal a quo, que la participación criminal del procesado y recurrente consistió en:

²⁷ Alberto Suárez Sánchez, *Autoría*, Tercera edición actualizada, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 187

²⁸ *Ibidem.*, p. 351

“[Oscar Enrique Lanata Álava] fue la persona que el 03 de junio del 2015, desde su número telefónico 0997000623, envió un mensaje vía whatsapp al doctor Oscar Pico Solórzano, abogado defensor de INMOPLAZA, con número de celular 0997713235, en el cual le manifestó que se iba a contactar con un “pana” para conversar sobre el caso de INMOPLAZA, resaltando que “es algo bueno” (Sic.), posteriormente, el 04 de junio del 2015, efectivamente César Pico León contacta a Oscar Pico Solórzano, con quien se reúne en el hotel Marriot y empieza el proceso de “negociación” que tenía como objeto la obtención de una sentencia favorable, a través de la influencia por su relación personal que mantenía con Freddy Macías Navarrete (juez provincial) con Edgar Flores Gonza, (juez provincial ponente)...”.

Efectivamente, como lo señaló en la audiencia de fundamentación del recurso de apelación el abogado del señor Oscar Lanata Álava, si los actos del procesado recurrente se evalúan individualmente, no se subsumen en su totalidad, al tipo penal descrito en el artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal, porque él no ejerció influencia en otro servidor público, que es un elemento objetivo del tipo. Sin embargo, para un análisis integral de los hechos, no puede estudiarse las acciones del señor Oscar Lanata Álava, prescindiéndose del contexto en el cual se produjeron, puesto que el contacto que estableció entre el denunciante señor Oscar Alejandro Pico Solórzano y César Fernando Pico León, no fue un acto casual o aislado, sino una contribución relevante en la ejecución del hecho punible, que había acordado cometer junto con César Fernando Pico León y Freddy Macías Narváez, lo que se desprende de la prueba presentada por Fiscalía General del Estado, que a continuación se detalla:

1. Testimonio de Oscar Alejandro Pico Solórzano, quien expresó que el 03 de junio del 2015, el ex juez Oscar Lanata Álava, que resolvió en primera instancia el caso INMOPLAZA, en el que él intervenía como abogado patrocinador, le envió un mensaje de whatsapp, que decía: *“Mijo, un pana quiere hablar contigo por el caso INMOPLAZA. Es algo bueno”*.

2. Testimonio de Diana Maribel Charco Hidalgo, perito que elaboró el informe pericial de audio, video y afines No. 1328-2015, de 19 de agosto de 2015, en el que consta la extracción de la información obtenida del dispositivo de comunicación digital (teléfono móvil), perteneciente al señor Oscar Alejandro Pico Solórzano, del que se recuperó el mensaje de whatsapp, que dice: *“Mijo, un pana quiere hablar contigo por el caso INMOPLAZA. Es algo bueno”,* enviado por Oscar Lanata Álava.
3. Testimonio de José Miguel Ramírez Riofrío, perito que elaboró el informe de audio, video y afines No. 1497-2015-AVA, de 12 de septiembre del 2015, que en la parte pertinente concluye que: *“se llegó a determinar que sí existían vínculos de llamadas entre el 15 de mayo al 18 de junio de 2015 entre los tres procesados César Pico León, Oscar Lanata Álava y Freddy Macías Navarrete”.*
4. Testimonio de César Fernando Pico León, quien declaró que tras conversaciones con Freddy Macías Navarrete (ex juez provincial), decidieron contactarse con el abogado Oscar Pico Solórzano, representante de la empresa INMOPLAZA, para ofrecerle una sentencia favorable en segunda instancia, a cambio de una retribución económica. La sentencia sería elaborada por el doctor Edgar Flores Gonza, juez provincial ponente en el caso INMOPLAZA, después de que influenciara en la decisión el doctor Freddy Macías Navarrete. Dentro de este marco, César Fernando Pico León, se contactó con Oscar Lanata Álava, juez que resolvió en primera instancia el caso INMOPLAZA, para poder contactarse con Oscar Pico Solórzano. Al final, del dinero requerido al abogado Oscar Pico Solórzano, serían beneficiarios el deponente [César Fernando Pico León], Freddy Macías Navarrete, Oscar Lanata Álava y Edgar Florez Gonza.

La prueba de cargo, presentada en contra de Oscar Lanata Álava, demuestra división de trabajo entre el procesado y los señores Freddy Macías Navarrete (procesado) y César Pico León, quienes materializarían cada uno, actos deliberados e intencionales, dirigidos a coadyuvar con la perpetración de la infracción prevista en el artículo 285

del Código Orgánico Integral Penal. Por este motivo, la prueba de descargo presentada por la defensa del procesado señor Oscar Lanata Álava, no desvirtúa la responsabilidad penal, que fue suficientemente establecida por Fiscalía.

Los testimonios de Oscar Alejandro Pico Solórzano, Danny Xavier Morales Herrera, Francisco Javier Zabala Lara, José Miguel Ramírez Riofrío y Lupe Clemencia Veintimilla Zea, ofrecidos como prueba de la defensa del señor Oscar Lanata Álava, no le ubican como autor directo del delito de tráfico de influencias, porque describen acontecimientos posteriores a su participación en el ilícito, que como ya se señaló en líneas anteriores, se desarrolló con actos principales, sin los cuales, no se habría consumado la infracción.

El doctor Mario Bedoya Ullauri, defensor del recurrente señor Oscar Lanata Álava, destacó los testimonios de la abogada María Augusta Sánchez, Jueza de Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que conformaba el tribunal de apelación que resolvería el caso INMOPLAZA en segunda instancia; y, el del denunciante señor Oscar Pico Solórzano, como prueba que respalda la inocencia del señor Óscar Lanata Álava; sin embargo, lo hizo parafraseando sus declaraciones.

En lo principal, el señor Oscar Pico Solórzano, dijo en audiencia de juicio que:

“El doctor César Pico León, le indicó que a través del doctor Oscar Lanata Álava, obtuvo el número del deponente. **El doctor César Pico León, un día entre la semana del 9 y el 12, le citó a la oficina del juzgado del abogado Oscar Lanata Álava, sin embargo no pudo reunirse debido a que ese día estaba con las personas del Consejo de la Judicatura judicializando el proceso**”. [Las negrillas no pertenecen al texto original].

Por su parte, la doctora María Augusta Sánchez, dijo lo siguiente:

“ 1. Indique si usted conocía al ab. (Sic.) Oscar Lanata Álava, Juez 12 de lo Civil de Pichincha?. RESPUESTA: No lo conozco.- Indique si usted recibió alguna visita

personal, llamada telefónica, mensajes de texto, whatsapp o redes sociales del Juez 12 de lo Civil de Pichincha Ab. Oscar Lanata Álava referentes al juicio de expropiación 4024-2014 que se tramitaba en la Sala Civil de la Corte Provincial de Pichincha. RESPUESTA: No, ni siquiera lo conozco.- 3. Indique si el AB. OSCAR LANATA ÁLAVA, durante los meses de mayo y junio del 2015, acudió a la Sala Civil de la Corte Provincial de Pichincha para hablar con usted y los otros jueces encargados del juicio de expropiación 4024-2014 y tratar sobre la sentencia?. RESPUESTA: Con mi persona no hablada (Sic.), no conozco al Dr. Lanata. Respecto a los otros jueces encargados del juicio que menciona, desconozco si habrá hablado”.

El testimonio de Oscar Pico Solórzano, en cuanto a los dichos de César Pico León, de que se reunieran en la oficina del procesado Oscar Lanata Álava, son referenciales, empero, relevantes, puesto que concuerdan con el testimonio de César Pico León, quien relató que Oscar Lanata Álava, Freddy Macías Navarrete y Edgar Flores Gonza, participaban del cometimiento del ilícito de tráfico de influencias y serían, una vez notificada la sentencia de segunda instancia, los beneficiarios del monto económico que se solicitaba cancelar al señor Oscar Pico Solórzano, abogado patrocinador de INMOPLAZA.

Del testimonio de la doctora María Augusta Sánchez, no se extrae que el procesado haya influenciado en ella, en su condición de jueza provincial, miembro del tribunal que resolvería la apelación de la causa 404-2014 (INMOPLAZA); aun así, esta prueba testimonial no obra en favor de la teoría del caso del procesado, por dos motivos: (i) En el presente caso, la influencia a la que se refiere el artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal, se ejerció sobre el juez provincial ponente de la causa, doctor Edgar Flores Gonza, y no sobre los demás miembros del tribunal de apelación dentro del caso INMOPLAZA; y, (ii) El procesado señor Oscar Lanata Álava, es coautor del delito de tráfico de influencias y no autor directo, motivo por el cual, la prueba que pretende desvirtuar su participación, dirigiéndose a establecer que no fue él quien cumplió con el verbo rector “influnciar”, resulta infructuosa, puesto que su actuación

dentro del acuerdo delictivo, se produjo con actos anteriores, que de modo principal, coadyuvaron a la ejecución del delito.

En conclusión, puede determinarse con certeza que el señor Oscar Lanata Álava, participó como coautor del delito de tráfico de influencias, tipificado en el artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 42.3 ibídem, lo cual ha sido legalmente demostrado por Fiscalía, a través del acervo probatorio presentado en juicio, sin que la prueba de descargo de la defensa haya contribuido a sostener la presunción de inocencia que asistía al procesado.

2.4.6 Por su parte, el señor Freddy Macías Navarrete, fue condenado como autor directo del delito de tráfico de influencias, en el grado de tentativa, ya que a criterio del tribunal a quo:

“...Freddy Mauricio Macías Navarrete (juez provincial) igualmente su participación fue de manera directa, por cuanto mantuvo una relación personal (en el mismo nivel funcional) con el doctor Edgar Flores Gonza, juez ponente de la causa civil No. 4024-2014, por lo que conocía del proyecto que se había preparado, en el cual constaba un valor mayor al que se estableció en primera instancia, siendo la persona que solicitó a César Pico León, se contacte con el abogado Oscar Pico Solórzano, defensor de la parte demandada en el juicio de expropiación, a fin de que proponga un acuerdo económico para obtener una sentencia favorable a sus interés (Sic.); así como también, fue la persona que entregó a César Pico León, la última hoja del proyecto de sentencia que contenía la parte resolutive, que había preparado Edgar Flores Gonza (ponente); a más de estar pendiente de todo el proceso que se desarrollaba entre César Pico León y Oscar Pico Solórzano...”.

La prueba aportada por Fiscalía General del Estado, que establece la responsabilidad del procesado señor Freddy Macías Navarrete (ex juez provincial), como autor directo del delito de tráfico de influencias, es la que sigue:

1. Testimonio de José Miguel Ramírez Riofrío, perito que elaboró el informe de audio, video y afines No. 1497-2015-AVA, de 12 de septiembre de 2015, siendo el motivo de la experticia la triangulación de llamadas entre los procesados César Pico León, Freddy Macías, y Oscar Lanata, en los cuales habían varios números de teléfono asignados a dichas personas y que fueron proporcionados por Fiscalía, concluyendo que sí existían vínculos de llamadas entre el 15 de mayo al 18 de junio de 2015 entre los 3 procesados César Pico León, Oscar Lanata Álava y Freddy Macías Navarrete. César Pico León (0997591700), realizó 31 llamadas a Freddy Macías Navarrete (0995714696); a su vez, Freddy Macías Navarrete (32826482) realiza una llamada a César Pico (0997591700).
2. Testimonio de Hernán Patricio Vásconez Ñaupari, perito que elaboró el informe de cotejamiento de voces de AVIS+F, No. 287-2015, de 28 de septiembre de 2015, de los audios que se encontraban en el CD con cadena de custodia No. 46-2015, concluyendo que los interlocutores de las comunicaciones son César Pico León y Freddy Macías Navarrete.
3. Testimonio de Danny Xavier Morales Herrera, policía nacional que realizó el seguimiento del señor César Pico León, a partir del 12 de junio de 2015, a quien observó que hacia las 16h00 aproximadamente, se dirigió a bordo de un vehículo marca Hummer, sin placas, a la calle Pedro César Carrasco, entre Av. 6 de diciembre y Diego de Almagro. Tras 10 minutos de espera en este lugar, aborda el vehículo el ex juez provincial, abogado Freddy Macías Navarrete, permaneciendo en el automotor por aproximadamente 30 minutos.
4. Testimonio de Francisco Javier Zabala Lara, quien realizó la interceptación de llamadas de los números telefónicos pertenecientes a César Pico León, Oscar Lanata Álava y Freddy Macías Navarrete, determinando que en el segundo audio escuchado, se identifica claramente cómo el señor César Pico León le indica al señor Freddy Macías Navarrete, que ya tenía listo un departamento para las posibles reuniones con “inversionistas”, mencionándole además que “debe verificar que el niño esté comidito y completo”, refiriéndose a dinero.

5. Testimonio de Rolando Xavier Mena Fernández, funcionario judicial, ayudante del doctor Edgar Flores Gonza, juez provincial, entre marzo y septiembre de 2015, quien refirió que un día antes de rendir su versión en Fiscalía, el doctor Edgar Flores Gonza le solicitó que si le preguntaban si lo había visto reunido con el doctor Freddy Macías Navarrete dijera que no, aunque eso sí había ocurrido en más de una ocasión.
6. Testimonio de César Fernando Pico León, quien declaró que el doctor Freddy Macías Navarrete, ex juez de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, se comunicó con él, con el propósito de contarse con Oscar Pico Solórzano, representante de INMOPLAZA, para indicarle que en segunda instancia se le podía ayudar, incrementando el valor que el Consejo de la Judicatura debía cancelar por la expropiación de un edificio perteneciente a INMOPLAZA. Incluso, el doctor Freddy Macías Navarrete le proporcionó la última página de un borrador de sentencia, que habría conseguido al influenciar en el juez provincial ponente de la causa, doctor Edgar Flores Gonza, para que se la mostrara al señor Oscar Pico Solórzano. Los beneficiarios del monto que se solicitaba a Oscar Pico Solórzano, por la diferencia entre lo mandado a pagar en primera instancia y segunda instancia serían los doctores Freddy Macías Navarrete, Edgar Flores Gonza, Oscar Lanata Álava y el deponente.
7. Oficio S7N, de 11 de septiembre de 2015, suscrito por la doctora María Augusta Sánchez Lima, Jueza de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, mediante el cual adjunta copia simple del borrador de proyecto de sentencia, que puso en su conocimiento, el doctor Edgar Flores Gonza, juez provincial ponente de la causa No. 4024-2014, cuyo original circuló a otro miembro del tribunal.
8. Original del borrador de proyecto de sentencia, elaborado por el doctor Edgar Flores Gonza, en el que se decide que la parte actora debe pagar a la parte accionada por concepto de la cosa expropiada, el monto de diez millones cuatrocientos setenta y tres mil ochocientos sesenta y tres dólares de los estados Unidos de Norteamérica, con nueve centavos.

La prueba aportada por el órgano acusador del Estado, demuestra que el señor Freddy Mauricio Macías Navarrete, ex juez provincial, aprovechando su relación personal con el doctor Edgar Flores Gonza, influyó sobre éste último, con el propósito de obtener una resolución favorable para INMOPLAZA, dentro de juicio 4024-2014, del que el doctor Edgar Flores Gonza era el ponente.

Es necesario precisar, como se dejó anotado, el tráfico de influencias es un delito de resultado, donde para su consumación se requiere la obtención de una resolución favorable para el sujeto activo o para una tercera persona, que es la consecuencia material de este tipo penal; de ahí que, la relación de causalidad constituye un nexo entre la conducta desarrollada por el agente “influenciador” y el resultado obtenido, como efectivamente lo establece el tribunal a-quo, al decir: *“...al ser el delito de tráfico de influencia, de resultado, por ser necesario que la acción ejercida por el sujeto activo, cumpla su objetivo principal, que es la obtención de una sentencia favorable, a través de ejercer una influencia en un funcionario público, en este caso un tribunal de apelación, determina que esta acción sea consumada; y, de no ser así, se quedaría en grado de tentativa. Tal como lo manifestó Fiscalía, cuando en ejercicio de réplica expresó que los acusados proyectaron actos orientados a la obtención de la sentencia traficada en el juicio de expropiación, pero que lamentablemente jamás se obtuvo tal decisión judicial”*.

Del contexto de la prueba aportada por Fiscalía, se verifica que el proyecto de sentencia, elaborado por Edgar Flores Gonza, bajo la influencia de Freddy Macías Navarrete, no fue notificada, esto ocurrió por eventos ajenos a la voluntad de los sujetos activos del delito, lo que ha impedido su consumación, entre los que constan la inconformidad de los otros miembros del tribunal de apelación doctora María Augusta Sánchez Lima y doctor Rodrigo Serrano Valarezo; y, la recusación presentada en contra del tribunal de alzada que debía dictar sentencia dentro del proceso civil de expropiación N° 4024-2014. Por lo tanto, es aplicable lo dispuesto en el artículo 39 del Código Orgánico Integral Penal, que dice: **“Tentativa.-** Tentativa es la

ejecución que no logra consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, a pesar de que de manera dolosa inicie la ejecución del tipo penal mediante actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito”.

Consecuentemente, el señor Freddy Mauricio Macías Navarrete, es autor directo del delito de tráfico de influencias, tipificado y sancionado en el artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal, al haber cumplido con el verbo rector del tipo, esto es, influenciar en otro servidor público, con el propósito de obtener una sentencia favorable para un tercero.

2.4.7. Una vez establecida la responsabilidad penal de los procesados señores Oscar Lanata Álava y Freddy Macías Navarrete, corresponde imponer la sanción penal, que es consecuencia de los actos por los que fueron investigados y procesados. El primer inciso del artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal, prescribe:

“Art. 285.- Tráfico de influencias.- Las o los servidores públicos, y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, prevaliéndose de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica, ejerza influencia en otra u otro servidor para obtener un acto o resolución favorable a sus intereses o de terceros, **serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años**”.

De conformidad con el principio de legalidad, la dosificación de la pena para el delito, debe además, contemplar la existencia de agravantes, en atención con lo dispuesto en el artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal²⁹, según el cual, la existencia de agravantes no constitutivas o modificatorias del tipo, obliga al juzgador, a imponer la

²⁹ “Art. 44.- Mecanismos de aplicación de atenuantes y agravantes.- Para la imposición de la pena se considerarán las atenuantes y las agravantes previstas en este Código. No constituyen circunstancias atenuantes ni agravantes los elementos que integran la respectiva figura delictiva.

Si existen al menos dos circunstancias atenuantes de la pena se impondrá el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción.

Si existe al menos una circunstancia agravante no constitutivas o modificatorias de la infracción, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio”.

pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio, sin que puedan considerarse atenuantes.

En el presente caso, se ha demostrado que el delito de tráfico de influencias, contemplado en el artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal, se cometió con la participación de Oscar Lanata Álava, en calidad de coautor del delito, y Freddy Macías Navarrete, autor directo, quienes convinieron ejecutar el ilícito, encargándose cada uno, de diferentes momentos del plan criminal, razón por la cual, se ha configurado la circunstancia agravante contemplada en el artículo 47.5 del Código Orgánico Integral Penal³⁰, que no es una agravante constitutiva o modificatoria del tipo penal.

2.4.8. En cuanto a la solicitud del recurrente señor Freddy Mauricio Macías Navarrete, de que se le devuelva la computadora de uso personal, que le fue incautada, el artículo 557.4 del Código Orgánico Integral Penal³¹, prescribe que la incautación de los bienes deberá mantenerse hasta que el juzgador (en este caso tribunal) emita resolución definitiva.

La sentencia que emite el presente Tribunal de Apelación, puede ser impugnada por los sujetos procesales, con la interposición del recurso de casación, por lo que la resolución no es definitiva, por no haber causado aun ejecutoria. En tal razón, sólo cuando la situación jurídica del procesado sea definitiva, es decir, haya pasado por autoridad de cosa juzgada y sea inmodificable, el juez de ejecución será el competente para ordenar la devolución de los bienes incautados.

2.4.9. Sobre las solicitudes de suspensión condicional de la pena, debemos tomar en consideración lo dispuesto en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dice: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de

³⁰ “Art. 47.- Circunstancias agravantes de la infracción.- Son circunstancias agravantes de la infracción penal:

5. Cometer la infracción con participación de dos o más personas”.

³¹ “Art. 557.- Incautación.- La o el juzgador a petición de la o el fiscal, podrá disponer la incautación de conformidad con las siguientes reglas:

4. La incautación se mantendrá hasta que la o el juzgador emita la resolución definitiva”.

justicia”, disposición legal que guarda relación con lo dispuesto en el artículo 11.2 de la Constitución de la República, esto es “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de la 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...**”.

Es cierto que los procesados se desempeñaban como jueces de la Función Judicial, esto no los distingue ni los diferencia frente a cualquier circunstancia reñida con la ley en relación a los demás ciudadanos, ni adquirir beneficios, condescendencias, ni perjuicios; precisamente, por una actuación alejada a sus funciones conllevó a ser procesados judicialmente y recibir una sentencia condenatoria, pues como bien lo señala el tribunal a-quo, desempeñarse como juez implica una serie de responsabilidades frente a la ley y a la ciudadanía en general, y el infringir estos deberes de parte del funcionario público, hace que el Estado por el principio del ius puniendi, sancione las conductas ilícitas.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, resuelve confirmar la sentencia condenatoria venida en grado, en cuanto a la declaratoria de la existencia del delito tipificado y sancionado por el artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal; la culpabilidad de los procesados Oscar Enrique Lanata Álava y Freddy Mauricio Macías Navarrete; y, la pena impuesta. Reformándola en cuanto a la suspensión condicional de la pena, ya que consta de autos que los procesados cumplen con los requisitos del artículo 630 ibídem, a saber: 1. El tipo penal del artículo 285 del COIP, prevé una

pena máxima privativa de libertad de cinco años; 2. Los procesados Oscar Enrique Lanata Álava y Freddy Mauricio Macías Navarrete, no tienen otra sentencia o proceso que se esté sustanciando en su contra, ni tampoco consta que se hayan beneficiado por una salida alternativa en otra causa. 3. En cuanto a sus antecedentes personales, sociales y familiares, conforme a la sentencia impugnada ha sido justificado por la amplia documentación que ha sido presentada en la audiencia de juicio y que no ha sido objetada por Fiscalía. Respecto a la modalidad y la gravedad de la conducta que sean indicativos de que no existe la necesidad de la ejecución de la pena. Conforme al principio de proporcionalidad que se encuentra plasmado en el artículo 76.6 de la Constitución de la República, éste opera tanto en el momento de creación del Derecho por los legisladores, como en el de su aplicación por los jueces y tribunales, e incluso en el momento de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria. Además este principio de proporcionalidad exige que un medio sea, en el caso concreto, idóneo y necesario para conseguir el fin deseado. La pena que establezca el legislador al delito deberá ser proporcional a la importancia social del hecho. En este sentido no deben admitirse penas o medidas de seguridad exageradas o irracionales en relación con la prevención del delito. Hay que distinguir dos exigencias: 1. La pena debe ser proporcional al delito, es decir, no debe ser exagerada. La proporcionalidad se medirá con base en la importancia social del hecho. 2. La necesidad de la proporcionalidad se desprende de la exigencia de una prevención general, capaz de producir sus efectos en la colectividad. De este modo, el Derecho penal debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tiene los hechos, según el grado de afectación al bien jurídico. Aguado Correa, Teresa, en su obra “El principio de proporcionalidad en Derecho Penal”, Madrid, Edersa, 1999, pa. 147, indica las características de la proporcionalidad y señala tres: “1. Es un criterio valorativo, pues como elementos del principios de proporcionalidad en sentido amplio, se sitúa dentro del esquema medio-fin que éste supone y, por ende, del examen de la relación empírica medida, finalidad que abordan los principios de idoneidad y necesidad, aunque su campo de aplicación es de los valores. 2. Es ponderativo porque implica considerar, sopesar, los valores e

intereses involucrados en el caso concreto, con lo cual se busca determinar si el medio elegido se encuentra en una razonable proporción entre fines y medios que debe realizarse. 3. No solo es un axioma formal, sino sobre todo de contenido material, porque obliga a examinar tanto los contenidos de ese juicio de ponderación y a indicar el modo de efectuar la medición de los intereses enfrentados”. De lo cual podemos resolver los conflictos y su inclusión dentro de las normas constitucionales, a partir de las cuales se puede precisar su fundamento material, siendo que, el principio de proporcionalidad no impide que pueda disminuirse o incluso renunciarse a la pena por razones de prevención especial y, más concretamente, para impedir la desocialización o facilitar la socialización. En el caso concreto, se ha justificado los requisitos del artículo 630 del COIP, por lo tanto, se dispone la suspensión condicional de la pena impuesta a los procesados Oscar Enrique Lanata Álava y Freddy Mauricio Macías Navarrete, imponiéndoles el cumplimiento de las siguientes condiciones, durante el tiempo de treinta meses:

- i. No salir del país sin previa autorización de la o el juez de garantías penitenciarias.
- ii. Pagar la multa impuesta en sentencia y la reparación integral, durante el tiempo de treinta meses.
- iii. Presentarse cada quince días ante el señor juez de primera instancia, quien será el encargado del control del cumplimiento de las condiciones impuestas.. **Notifíquese y cúmplase.- f.-** Dra. Sylvia Sánchez Insuasti.- **JUEZA NACIONAL PONENTE.- f .-** Dr. Miguel Jurado Fabara.- **JUEZ NACIONAL.- f .-** Dr. Edgar Flores Mier.- **CONJUEZ NACIONAL.- VOTO SALVADO.- Certifico.- f.-** Dr. Carlos Rodríguez García.- **SECRETARIO RELATOR.**

CERTIFICO Las cuarenta y cuatro (44) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito, 19 de mayo de 2017


Dr. Carlos Rodríguez García
SECRETARIO RELATOR

CASO No. 1637-2016
RESOLUCION No. 2452-2016
RECURSO: APELACIÓN
PROCESADO: JUECES TRIBUNAL DE GARANTIAS PENALES DE EL ORO,
DELITO: ACCION CONSTITUCIONAL DE HABEAS CORPUS.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR,

PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO

Juicio No. 1637-2016-HPA

RECURSO DE APELACIÓN

ACCIÓN DE HÁBEAS CORPUS

JUEZ PONENTE: Dr. Miguel Jurado Fabara

RECURRENTE: Paúl Francisco Ullauri Peña

Quito, jueves 22 de diciembre del 2016, las 09h03,-

VISTOS: Los señores Jueces y la señora Jueza que actuamos en la sustanciación de la presente acción, avocamos conocimiento del expediente en virtud de lo siguiente:

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, emitió la Resolución No. 341-2014, en la cual se procede a renovar parcialmente en 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 reemplazan 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 de la Corte Nacional de Justicia, es competente para conocer y resolver el recurso de apelación de la acción de hábeas corpus, conforme lo establecen los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, 184 y 186.8 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 169.1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

El presente tribunal queda integrado por el señor doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional ponente, señor doctor Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional y la señora doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional.

1. ANTECEDENTES DE LA CAUSA

- 1.1.** La acción planteada recae en conocimiento de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar que con fecha 14 de noviembre de 2016 resuelve rechazar la acción de hábeas corpus presentada por Paul Francisco Ullauri Peña, por interponer el recurso de apelación de conformidad con el artículo 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
- 1.2.** El proceso recae por sorteo de ley, en conocimiento de este Tribunal de Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

2. TRÁMITE

Corresponde aplicar las normas constitucionales contempladas en los artículos 89 y 90 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con los artículos 43, 44, 45 y 46 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, con la finalidad de sustanciar la presente causa.

3. Fundamentación del accionante Paúl Francisco Ullauri Peña por parte de su abogado defensor doctor Juan Carlos Salazar Icaza.

En su intervención, el abogado Juan Carlos Salazar Icaza, fundamentó su acción conforme se precisa a continuación:

1. La defensa empieza su exposición señalando que el accionante fue procesado penalmente en la ciudad de Gualo por un presunto ilícito de suspensión de servicio público, dictándose en su contra auto de llamamiento a juicio por considerar que era responsable del ilícito tipificado y sancionado en el artículo 346 del Código Orgánico Integral Penal, y por cuanto el tipo penal acusado contempla una sanción de uno a tres años se dispuso su prisión preventiva.

El Tribunal de Garantías Penales condenó a Paúl Ullauri por considerarlo autor del delito tipificado y sancionado en el artículo 262 del Código Orgánico Integral Penal, cambio que a su consideración, genera una serie de conflictos por cuanto el tipo penal por el que se lo sentencia prevé un rango punitivo que oscila entre seis meses y un año; por lo tanto, no correspondía mantener la medida cautelar de prisión preventiva, como erradamente sostuvo el tribunal de garantías penales, porque no se

cumplen los presupuestos del artículo 534.4 del Código Orgánico Integral Penal.

El accionante presenta la acción de hábeas corpus que es conocido por los jueces de la Corte Provincial de Justicia de Azogues, que se niega bajo el argumento que cuando existe sentencia condenatoria la privación de la libertad tiene el carácter de pena y la persona responsable comienza a cumplirla, lo que contraría lo dispuesto en el artículo 646 del Código Orgánico Integral Penal (pena anticipada).

2. Sostiene que, debe realizarse el análisis de constitucionalidad ya que a su criterio existe violación de los artículos 66 y 89 de la Constitución de la República del Ecuador.
3. Insiste en que el objeto el hábeas corpus se halla establecido de acuerdo a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y en específico en su artículo 45, en el que se refiere a una presunción, pero en el presente caso no existe presunción sino una evidente ilegalidad y arbitrariedad por el cambio del tipo penal.

El accionante considera que, el artículo 535 del Código Orgánico Integral Penal también prevé la posibilidad de revocar la prisión preventiva cuando el tipo penal no permita su aplicación.

Asimismo refiere que, los fallos de triple reiteración de la Corte Nacional no son aplicables analógicamente respecto de la caducidad de la prisión preventiva.

Solicita que, se acepte la apelación presentada en contra de la resolución que niega la acción de hábeas corpus y se revoque, debiendo consecuentemente aceptar la acción de hábeas corpus planteado por Paúl Ullauri, ordenando su inmediata libertad.

Se concede el uso de la palabra al sentenciado Paúl Ullauri quien expresa su frustración a la violación de su derecho a la defensa porque considera que debe ejercerlo y solicita que la sentencia sea acorde a los derechos que ampara la Constitución y las leyes.

4. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.

4.1 El derecho a libertad

Son aquellos reconocidos como básicos en la comunidad internacional y que se encuentran acogidos como tal y regulados por el ordenamiento jurídico. En un Estado constitucional de derechos estos se encuentran consagrados en la Carta Magna, instituyendo como fin primordial su garantía y pleno ejercicio, esto es que pueden ser promovidos o exigibles¹ y no se someten a restricciones², sino son materializables.

El Título Segundo de la Constitución de la República del Ecuador señala como derechos fundamentales:

- Los derechos del buen vivir;
- Los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria;
- Los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades;
- Los derechos de participación;
- Los derechos de libertad
- Los derechos de la naturaleza
- Los derechos de protección y las responsabilidades

Se consagra el derecho a la libertad dentro de esta categorización básica, por cuanto:

“La libertad es la facultad moral que distingue al ser humano de las demás especies vivientes y que consiste en la capacidad de elegir, mediante el uso de la razón, entre diversos medios y fines, para crear así los estilos de vida o cursos de acción, las relaciones intersubjetivas y las estructuras sociales que constituyen las culturas y la historia”³

En tal contexto, se reconoce el desenvolvimiento libre de la persona individual o colectiva a fin de que elija que hacer o no, sometiéndose únicamente a las regulaciones estatales.⁴ Este derecho se origina en la capacidad que tiene socialmente un ser humano para ejercitar actos responsables de interacción

¹ Ibid “Artículo 11 [...]1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.”

² Constitución de la República del Ecuador: “Artículo 11 [...] 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.”

³ Omar Huertas, Gabriel Andrade, Eliceo Celis, Hermens Lara, Eduardo Catellanos y Albino Segura; La libertad Personal, Bogotá, 2007, p.31

⁴ Ramiro Ávila señala que los derechos fundamentales no pueden restringirse, por prohibición constitucional expresa, y en tal sentido afirma: “La Constitución establece, al reconocer expresamente un derecho y una garantía, un mínimo que no puede ser disminuido. Irrespetar el mínimo, mediante una norma jurídica de cualquier jerarquía, significaría que la Constitución está siendo irrespetada y que, por tanto, esa norma se torna inválida. La prohibición de restricción no impide la regulación. Las normas de carácter secundario, si es que regulan sobre los derechos o las garantías, pueden ampliar los mínimos, desarrollar los derechos, ampliar los márgenes de protección y facilitar las condiciones para su aplicación.”

como los demás, considerándose así un pacto entre el grupo social para actuar o dejar de actuar de manera libre ante los integrantes del colectivo.

4.2. El derecho a la libertad y su marco normativo en el derecho internacional

i) Declaración Universal de los Derechos Humanos

Artículo 3

“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”

Artículo 9

“Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”

Artículo 11

“2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.”

ii) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo I

“Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”

Artículo XXV

“Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.”

iii) Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.”

Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer 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.”

Artículo 10. Derecho a Indemnización

“Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.”

iv) **Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos**

Artículo 9

“1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.”

Artículo 11

“Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.”

Artículo 14

“6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.”

Artículo 15

“1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”

4.3. El derecho a la libertad en nuestro ordenamiento jurídico

i) Constitución de la República del Ecuador

Los derechos constitucionalizados se reconocen por dos vías individual y colectiva, sin ser la excepción el derecho a la libertad, que reconoce y garantiza (artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador): La inviolabilidad de la vida, una vida digna, la integridad personal, la igualdad formal y material y no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad, la libre opinión y expresión de sus pensamientos, de obtener la correspondiente rectificación, réplica o respuesta, en forma inmediata, obligatoria y gratuita, en el mismo espacio u horario, a practicar, conservar, cambiar, profesar en público o en privado, su religión o sus creencias, y a difundirlas individual o colectivamente, con las restricciones que impone el respeto a los derechos, a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual, a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener, a guardar reserva sobre sus convicciones, a la objeción de conciencia, a negarse a

usar la violencia y a participar en el servicio militar, a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria, a transitar libremente, a desarrollar actividades económicas, a la libertad de contratación, a la libertad de trabajo, al honor y al buen nombre, a la protección de datos de carácter personal, a la intimidad personal y familiar, a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual, a la inviolabilidad de domicilio, a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas, a participar en la vida cultural de la comunidad, a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, a la propiedad en todas sus formas, a vivir en un ambiente sano, a la identidad personal y colectiva, a nacer libre, la prohibición de la esclavitud, la explotación, la servidumbre y el tráfico y la trata de seres humanos en todas sus formas, a no ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias, a no ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.

Revisado el ámbito de este derecho, cabe la afirmación

“La libertad puede ser considerada dentro de los derechos como aquel más básico, que se va articulando en una multiplicidad de derechos específicos, de acuerdo con las variaciones o modulaciones en cuanto a las demandas prioritarias relacionadas con sus diversas dimensiones: la no interferencia en una esfera intimísima de privacidad, la posibilidad de ejercer la autonomía política, o la liberación frente al hambre y al conjunto de necesidades vitales insatisfechas.”⁵,

Por lo que la libertad es un sinónimo de democracia, por tal razón su ejercicio no se lo restringe ni prohíbe si no se lo regula⁶. Todas las regulaciones respecto de los derechos enunciados deben constar de manera expresa en la norma jurídica y dentro de ese contexto en nuestra legislación tenemos:

- **Privativas de la libertad**

Se entiende como privación de la libertad el encierro que a consecuencia de la comisión de una infracción o de otras razones sufre una persona, en el ordenamiento jurídico penal se contempla como formas de privación de la libertad la aprehensión⁷, la detención⁸ y la prisión preventiva⁹, las cuales se rigen a las

⁵ Omar Huertas, Gabriel Andrade, Eliceo Celis, Hermens Lara, Eduardo Catellanos y Albino Segura; ob. Cit.; p.19

⁶ Constitución de la República del Ecuador: “11 [...] 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.”

⁷ Código Orgánico Integral Penal: “Art. 526.- Aprehensión.- Cualquier persona podrá aprehender a quien sea sorprendido en delito flagrante de ejercicio público y entregarlo de inmediato a la Policía Nacional. Las y los servidores de la Policía Nacional, del organismo competente en materia de tránsito o miembros de las Fuerzas Armadas, deberán aprehender a quienes sorprendan en delito flagrante e informarles los motivos de su aprehensión. En este último caso deberán entregarlos de inmediato a la Policía Nacional. Las o los servidoras de la Policía Nacional o de la autoridad competente en materia de tránsito, podrán ingresar a un lugar cuando se encuentren en persecución ininterrumpida,

peculiaridades previstas para cada caso. Así también, se contempla como forma de privación, indistinta al ámbito penal, el apremio personal¹⁰ el cual también precisa sus propias exigencias de aplicación¹¹.

La privación de la libertad procede solamente en los modos y casos especificados en la legislación de manera taxativa, por lo que se debe realizar el ejercicio previo, de enmarcar los actos dentro de los supuestos fácticos que permiten la aplicación de cada medida.

- **Restrictivas de libertad¹²**

La restricción de la libertad es una afectación mínima al derecho de libertad su regulación está expresamente determinada por ley, de las cuales es

para el solo efecto de practicar la respectiva aprehensión de la persona, los bienes u objetos materia del delito flagrante.”

⁸Código Orgánico Integral Penal: “Art. 530.- Detención.- La o el juzgador, por pedido motivado de la o del fiscal, podrá ordenar la detención de una persona, con fines investigativos.”

⁹ Código Orgánico Integral Penal: Art. 534.- Finalidad y requisitos.- Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o al juzgador de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.
2. Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción.
3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena.
4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.

De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad.

¹⁰ Código de Procedimiento Civil: “Art. 927.- Cuando se libre apremio personal, en tratándose de alimentos, si la parte no lo cumple, será reducida a prisión.”

¹¹ Código de la Niñez y Adolescencia: “Apremio personal.- En caso de que el padre o madre incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias, el Juez/a a petición de parte y previa constatación mediante la certificación de la respectiva entidad financiera o del no pago, y dispondrá el apremio personal hasta por 30 días y la prohibición de salida del país. En caso de reincidencia el apremio personal se extenderá por 60 días más y hasta por un máximo de 180 días. En la misma resolución en la que se ordene la privación de libertad, el Juez/a ordenará el allanamiento del lugar en el que se encuentre el deudor, siempre y cuando preceda la declaración juramentada sobre el ocultamiento del obligado/s, por parte de quien solicita dicha medida. Previo a disponer la libertad del alimentante moroso, el Juez/a que conoció la causa, realizará la liquidación de la totalidad de lo adeudado y receptorá el pago en efectivo o cheque certificado. Pagada la totalidad de la obligación, el Juez/a dispondrá la libertad inmediata.”

¹² A pesar de que los derechos no se restringen por prohibición constitucional expresa, por cuanto el texto de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se publicó con anterioridad a la Carta Magna del 2008 y mantiene aún este término.

preciso anotar aquellas que se establecen en el Código Orgánico Integral Penal las que clasificamos en medidas alternativas a la prisión preventiva¹³, de protección¹⁴ y aquellas que complementan una pena¹⁵.

Se diferencia de las privativas por su forma de cumplimiento que, si bien no confina a una cárcel o prisión, limita la movilidad de quien la soporta.

Determinadas las modalidades, cualquier privación o restricción que no observe los parámetros previstos por la ley, constituyen transgresión del derecho a la libertad lo que activa estos poderes de emergencia¹⁶ que protegen este derecho fundamental, como lo es la acción de hábeas corpus.

4.3.1. Naturaleza Jurídica de la Acción de Hábeas Corpus.

La acción de hábeas corpus fue instaurada por el derecho inglés, como el derecho de los privados de libertad a comparecer ante la autoridad competente con el fin de que resuelva la legalidad y procedencia de tal detención.

Etimológicamente refiere: “*que tengas el cuerpo o presentar el cuerpo*”, en tal sentido, la autoridad exigirá la comparecencia del privado o restringido para asegurar que no exista vejamen del derecho fundamental de libertad, su garantía es tal, que el accionante puede ser cualquier persona que tenga conocimiento de tal vulneración.

¹³ Son medidas cautelares que sirven para asegurar la presencia de la persona procesada, en el procedimiento penal tenemos: - Prohibición de ausentarse del país; - Obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe; - Arresto domiciliario.

¹⁴ Son medidas que buscan asegurar la integridad de la víctima y su entorno, el artículo 558 del Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 558 señala las modalidades de medidas de protección entre las que podemos disgregar como restrictivas: 1. *Prohibición a la persona procesada de concurrir a determinados lugares o reuniones.* 2. *Prohibición a la persona procesada de acercarse a la víctima, testigos y a determinadas personas, en cualquier lugar donde se encuentren.* 3. *Prohibición a la persona procesada de realizar actos de persecución o de intimidación a la víctima o a miembros del núcleo familiar por sí mismo o a través de terceros. [...]* 5. *Orden de salida de la persona procesada de la vivienda o morada, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física, psíquica o sexual de la víctima o testigo.*

¹⁵ Son penas no privativas de la libertad que pueden ser complemento de la principal, o en ciertos casos constituir la pena principal, después de un análisis se determina que son restrictivas de la libertad: “[...] 3. *Comparecencia periódica y personal ante la autoridad, en la frecuencia y en los plazos fijados en sentencia.* [...] 7. *Prohibición de salir del domicilio o del lugar determinado en la sentencia.* [...] 10. *Prohibición de aproximación o comunicación directa con la víctima, sus familiares u otras personas dispuestas en sentencia, en cualquier lugar donde se encuentren o por cualquier medio verbal, audiovisual, escrito, informático, telemático o soporte físico o virtual.* [...] 11. *Prohibición de residir, concurrir o transitar en determinados lugares.* 12. *Expulsión y prohibición de retorno al territorio ecuatoriano para personas extranjeras.*”

¹⁶ Término acuñado por la doctrina en el que incluye el hábeas corpus por tratarse “de circunstancias excepcionales que garanticen el orden constitucional, pero regladas previamente para que no degeneren o motiven el establecimiento de un Estado hecho”

El estudioso Rubén Flores cita a Aníbal Barbagelata quien define esta acción:

“...como el Derecho que se acuerda a todos los individuos para reclamar contra las prisiones arbitrarias o infundadas, exigiendo que la Justicia reclame a la autoridad aprehensora que ésta explique y justifique los motivos de la aprehensión, para en conocimiento de ellos, decidir en consecuencia, estos es manteniendo la medida de privación de libertad en el caso que ella corresponda con arreglo a derecho u ordenando la inmediata liberación para el caso de que no aparezca justificada la detención”.¹⁷

La Constitución de la República del Ecuador, en su capítulo tercero, “De las Garantías Jurisdiccionales”, en su sección tercera, contempla a la acción de hábeas corpus en los siguientes términos:

“Art. 89.- La acción de hábeas corpus tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad.

Inmediatamente de interpuesta la acción, la jueza o juez convocará a una audiencia que deberá realizarse en las veinticuatro horas siguientes, en la que se deberá presentar la orden de detención con las formalidades de ley y las justificaciones de hecho y de derecho que sustenten la medida. La jueza o juez ordenará la comparecencia de la persona privada de libertad, de la autoridad a cuya orden se encuentre la persona detenida, de la defensora o defensor público y de quien la haya dispuesto o provocado, según el caso. De ser necesario, la audiencia se realizará en el lugar donde ocurra la privación de libertad.

La jueza o juez resolverá dentro de las veinticuatro horas siguientes a la finalización de la audiencia. En caso de privación ilegítima o arbitraria, se dispondrá la libertad. La resolución que ordene la libertad se cumplirá de forma inmediata.

En caso de verificarse cualquier forma de tortura, trato inhumano, cruel o degradante se dispondrá la libertad de la víctima, su atención integral y especializada, y la imposición de medidas alternativas a la privación de la libertad cuando fuera aplicable.

Cuando la orden de privación de la libertad haya sido dispuesta en un proceso penal, el recurso se interpondrá ante la Corte Provincial de Justicia.”

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, con respecto a la acción de hábeas corpus, establece lo siguiente:

“Art. 43.- Objeto.- La acción de hábeas corpus tiene por objeto proteger la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos conexos de la persona privada o restringida de libertad, por autoridad pública o por cualquier persona, tales como:

1. A no ser privada de la libertad en forma ilegal, arbitraria o ilegítima, protección que incluye la garantía de que la detención se haga siempre por mandato escrito y motivado de juez competente, a excepción de los casos de flagrancia;
2. A no ser exiliada forzosamente, desterrada o expatriada del territorio nacional;
3. A no ser desaparecida forzosamente;
4. A no ser torturada, tratada en forma cruel, inhumana o degradante;

¹⁷ Rubén Flores, Amparo, Hábeas Corpus y Hábeas Data, Edit. B de F, 2004, p. 39

5. A que, en caso de ser una persona extranjera, incluso antes de haber solicitado refugio o asilo político, no ser expulsada y devuelta al país donde teme persecución o donde peligre su vida, su libertad, su integridad y su seguridad;
6. A no ser detenida por deudas, excepto en el caso de pensiones alimenticias;
7. A la inmediata excarcelación de la persona procesada o condenada, cuya libertad haya sido ordenada por una jueza o juez;
8. A la inmediata excarcelación de la persona procesada cuando haya caducado la prisión preventiva por haber transcurrido seis meses en los delitos sancionados con prisión y de un año en los delitos sancionados con reclusión;
9. A no ser incomunicada, o sometida a tratamientos vejatorios de su dignidad humana;
10. A ser puesta a disposición del juez o tribunal competente inmediatamente y no más tarde de las veinticuatro horas siguientes a su detención.”

De las que se pueden disgregar que, en su mayoría que esta garantía se activa en contra de medidas privativas y derivadas de esta, con exclusión de las enunciadas en los numerales 2 y 5 que son restrictivas, que no se encuentran dentro de las regulaciones por la ley descritas y por lo tanto devienen en la necesidad de aplicar los mecanismos jurídicos para su protección.

Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre Lynett, conciben a la acción de hábeas corpus como:

“(…) mecanismo de control difuso de constitucionalidad, un instrumento legal para restablecer la libertad de locomoción de aquellas personas que han sido aprehendidas con violación de garantías constitucionales o legales. Con base a esta concepción, la mayoría de las legislaciones estructura el amparo jurisdiccional sobre una hipótesis: la privación efectiva de la libertad; en estos casos se habla de “hábeas corpus reparador” (...)”¹⁸

En la misma línea argumentativa, Pedro Pablo Camargo considera que esta acción:

“(…) protege el derecho a la libertad personal o individual contra las detenciones arbitrarias o ilegales”¹⁹

Bajo tales consideraciones la acción de hábeas corpus, al estar reconocida constitucionalmente dentro del marco de las garantías, debe entenderse como un mecanismo que busca hacer efectivo el ejercicio y goce de los derechos, precisamente el de la libertad de una persona que se encuentre privada o restringida de su libertad de forma ilegal, arbitraria o ilegítima.

A su vez, la acción constitucional, no busca únicamente precautelar el derecho de la libertad ambulatoria, sino que tiene un mayor alcance en el sentido de que, protege otros derechos fundamentales como son la vida, la integridad física y demás que puedan verse afectados producto de una privación de la libertad, por medios ilegales, arbitrarios o ilegítimos; ahora bien, cabe precisar,

¹⁸ Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre Lynett, (2013). *El proceso Penal. Estructura y Garantías Procesales*; Universidad Externado de Colombia; Bogotá p. 635.

¹⁹ Pedro Pablo Camargo, (2006). *La Acción de Hábeas Corpus*; Editorial LEYER; Bogotá-Colombia; p. 28.

que existe detrimento de dicha libertad, cuando la privación no ha sido llevada a cabo conforme al ordenamiento jurídico que contempla la forma, los medios, los parámetros a seguir y las razones por las cuales se puede despojar de éste derecho a determinados individuos, entendiendo que solamente se produce tal situación cuando el operador de justicia lo considera necesario.

En el presente caso, se hace imperativa la necesidad de realizar un análisis con respecto al debido proceso, la procedencia de la acción propuesta y la sentencia que la rechaza, en los siguientes términos:

a) Sobre el debido Proceso:

La Declaración Universal de Derechos Humanos, con respecto al debido proceso que debe garantizarse a cualquier persona independientemente de su condición, estipula:

“Artículo 7.- Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”

“Artículo 8.- Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.”

A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula las garantías judiciales que deberá respetarse a todas las personas que se encuentren inmersas en determinado proceso, de la siguiente forma:

“Artículo 8. Garantías Judiciales.- 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”

Nuestra Constitución de la República, con relación al debido proceso, dispone:

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

De igual manera, hace mención a que deben respetarse determinadas garantías básicas con la finalidad de asegurar el cumplimiento del debido proceso, esto con base a lo que se manifiesta en los artículos 76 y 77, haciendo énfasis en este último en las garantías a respetarse en el proceso penal.

Con relación al debido proceso en el proceso penal, Jorge Zavala Baquerizo considera:

“Siendo el proceso penal una institución que tiene por finalidad inmediata la imposición de una pena (ningún proceso penal se inicia para declarar inocente a un procesado) es necesario que el justiciable sea protegido de una manera eficiente, severa y estricta, pues, como en el mencionado proceso se desenvuelven los juicios de desvalor sobre el acto y el autor, y en cuyo desarrollo se pueden lesionar bienes jurídicos garantizados por el Estado, como la libertad individual y la propiedad, amén de los numerosos efectos sociales que una condena lleva consigo, el Estado toma la precaución de imponer a los jueces normas de procedimiento que garanticen los derechos de los sujetos procesales, activo y pasivo, especialmente de éste último.”²⁰

En mérito a lo expuesto, podemos evidenciar que todas las personas que son sometidas a un proceso de cualquier índole, tienen derecho a que se les reconozca las garantías inherentes al debido proceso, en tal virtud éste, se encuentra contemplado tanto en los tratados internacionales de derechos humanos como en la legislación interna, puesto que, no sólo es un derecho humano innato a la generalidad de las personas por su calidad de tales, sino que representa un derecho fundamental de inobjetable cumplimiento.

La esencia del debido proceso radica en imponer límites al poder estatal, y en Derecho Penal, establecer las condiciones bajo las cuales está habilitado para ejercer su accionar el poder punitivo del Estado, en aras del respeto a los derechos y garantías básicas que ostentan las partes en un proceso judicial.

b) De la procedencia de la acción de hábeas corpus.

²⁰ Jorge Zavala Baquerizo, (2002). *El Debido Proceso Penal*. Editorial EDINO. Quito, pp. 26 y 27

Para analizar la procedencia de la acción es ineludible precisar el sustento expuesto en el recurso de apelación, y establecer qué actuación es calificada por el accionante como arbitraria, ilegal o ilegítima.

En la audiencia de fundamentación, la defensa calificó como arbitraria e ilegal la decisión del Tribunal de Garantías Penales de negar la petición respecto a que la medida cautelar de prisión preventiva no es aplicable al tipo penal por el que fue sentenciado ya que la sanción no excede de un año, distinto del rango punitivo previsto para el tipo penal por el que fue llamado a juicio.

Es necesario referir que la dictación, ratificación, revocación, modificación o sustitución de medidas cautelares se supedita a las exigencias que la ley establece para cada mecanismo.

La medida cautelar dictada que se halla en discusión es la de prisión preventiva, el Código Orgánico Integral Penal ha establecido de manera clara que la dictación de esta medida responde al cumplimiento de una serie de requisitos previstos en el procedimiento: así, esta podrá dictarse solamente en los procesos cuyo ejercicio de la acción sea pública, en donde existan elementos de convicción suficientes sobre la existencia del delito y sobre la participación del procesado, así también indicios de que cualquier otra medida no privativa sería insuficiente y que la pena de la infracción sancionada supere el año, caso contrario, de no hallarse dentro de tales condiciones el juzgador de instancia tiene la potestad de negar el requerimiento fiscal.

Se debe acotar que, de acuerdo a lo previsto por el procedimiento penal, esta medida cautelar puede ser revocada, sustituida o suspendida, de acuerdo a los modos y casos por la ley establecidas.

Ahora, la petición realizada por el accionante es de revocación de la medida cautelar, para esto, la legislación penal en su artículo 535 del Código Orgánico Integral Penal establece razones puntuales por las que se deja sin efecto la prisión preventiva²¹, y ninguna de estas fue invocada, demostrada o verificada en la petición realizada por el accionante ante el tribunal, por lo que cabe la negativa dictada por el Tribunal de Garantías Penales y por lo tanto sus actuaciones se enmarcan dentro de los márgenes legales previstos.

Es de recalcar que las garantías jurisdiccionales, según lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

“...tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de

²¹ Código Orgánico Integral Penal. artículo 535: “Artículo 535.- Revocatoria.- La prisión preventiva se revocará en los siguientes casos: 1. Cuando se han desvanecido los indicios o elementos de convicción que la motivaron. 2. Cuando la persona procesada ha sido sobreseída o ratificado su estado de inocencia. 3. Cuando se produce la caducidad. En este caso no se podrá ordenar nuevamente la prisión preventiva. 4. Por declaratoria de nulidad que afecte dicha medida.

derechos humanos, la declaración de la violación e uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación”

Por lo que son herramientas jurisdiccionales que deben ser utilizadas en los casos específicos determinados en la ley, y a la que no puede accederse sin fundamentos propios de cada garantía. En la acción de hábeas corpus las peticiones que deben realizarse, conforme se explicó en el acápite pertinente, son muy puntuales, pues deberán dirigirse a demostrar²² que existe privación o restricción de la libertad, que puede atentar contra el derecho a la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos conexos.

Es necesario anotar que se presume la inocencia de una persona mientras no exista una sentencia condenatoria ejecutoriada, así lo establece el Art. 76.2 de la Constitución de la República, el accionante goza de su status de inocencia, imperativo constitucional que no ha sido desnaturalizado en el presente proceso, debiendo resaltar que la ejecución de la prisión preventiva no implica anulación, desmedro o desconocimiento de este derecho.

Finalmente, la Corte Constitucional para el periodo de Transición señala:

“Al juez constitucional que conoce una acción de hábeas corpus le corresponde determinar si la persona a cuyo favor se solicita esta garantía jurisdiccional, se encuentra, ilegal, arbitraria o ilegítimamente detenida, aspectos que se puede establecer del análisis de la orden de detención que debe observar las formalidades de ley y contener las justificaciones de hecho y de derecho que la sustentan”

Analizado la actuación refutada por el accionante se puede disgregar que la privación de libertad fue dictada por la autoridad competente por ley determinada –no hay arbitrariedad-, en cumplimiento de las condiciones legales previamente establecidas –no es ilegal- siendo puesto a órdenes de la autoridad competente dentro del plazo legal establecido –no es ilegítima-, por lo tanto se descarta que existan motivos para declarar la procedencia de esta acción.

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 CONSTITUCIONAL EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, con decisión unánime:

RESUELVE

- 1) Analizado el argumento expuesto por el accionante Paúl Francisco Ullaauri Peña (legitimado activo) respecto de la no aplicabilidad de la medida cautelar de la prisión preventiva al caso concreto, se considera que la negativa dictada por el Tribunal de Garantías Penales no es arbitraria ni

²² En los casos determinados en el artículo 45.2 de la LOGJCC, se presume la ilegitimidad de la privación de la libertad.

ilegal, sino más bien se adecúa a los parámetros legalmente establecidos conforme se dejó anotado en la parte motiva del fallo.

- 2) Al no contar con los elementos necesarios y suficientes para poder acreditar las argumentaciones hechas por el recurrente, se coincide que no es a través de esta acción constitucional de hábeas corpus que se puede pretender que el Tribunal Constitucional revise situaciones de legalidad que deben ser resueltos en otras instancias, por lo que el accionante incurre en un abuso del derecho inobservando la obligación que tiene de litigar con lealtad procesal conforme lo determina el artículo 26 del Código Orgánico de la Función Judicial²³.
- 3) En consecuencia se desecha el recurso de apelación interpuesto por el accionante Paúl Francisco Ullauri Peña de la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, con fecha 14 de noviembre de 2016, las 14h38.
- 4) Disponer la devolución del proceso al órgano jurisdiccional de origen, para los fines legales consiguientes.- F- Dr. Miguel Jurado Fabara.- **JUEZ NACIONAL PONENTE.- F.- Dr. Luis Enríquez Villacrés.- JUEZ NACIONAL.- F .- Dra. Sylvia Sánchez Insuasti.- JUEZA NACIONAL.- certifico.- Dr. Roberto Carlos Torres Cáceres.- SECRETARIO RELATOR.**

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

Quito, 19 de mayo de 2017


Dr. Carlos Rodríguez García
SECRETARIO RELATOR

²³ Art. 26.- PRINCIPIO DE BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL.- En los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. Se sancionará especialmente la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la litis.

CASO No. 0266-2016
RESOLUCION No. 2472-2016
RECURSO: CASACIÓN
PROCESADO: CRISTIAN GUILLERMO IRIARTE ANDRADE
DELITO: ASESINATO.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

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

JUICIO No. 17721-2016-0266

RECURSO DE CASACIÓN

DELITO DE ASESINATO

LA FISCALÍA CONTRA CRISTIAN GUILLERMO IRIARTE ANDRADE

CONJUEZ PONENTE: Dr. Marco Maldonado Castro

Quito, viernes 23 de diciembre de 2016, las 11H00.-

VISTOS:

PRIMERO.- Antecedentes

1.1. Antecedentes procesales

El Tribunal Cuarto de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, en sentencia de fecha 13 de febrero de 2015, las 17h22, declaró al señor Cristian Guillermo Iriarte Andrade, culpable en el grado de autor del delito de asesinato, tipificado y sancionado en el artículo 450.1 del Código Penal —CP—, por lo que le impuso pena privativa de libertad de veinticinco años de reclusión mayor especial y el pago de diez mil dólares a favor de la víctima por concepto de daños y perjuicios. De este fallo, el procesado interpuso recurso de apelación.

La Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, en sentencia de 18 de enero de 2016, las 13h39, desechó el recurso interpuesto y confirmó en todas sus partes la sentencia subida en grado. Por no estar conforme con esa decisión, el procesado interpuso recurso de casación.

1.2. Hechos acusados y hechos probados.

Según la sentencia de la Corte de Apelaciones, el día 06 de mayo del año 2011, aproximadamente a las 17h30, en la calle 7 de Agosto, entre las calles Mercedes y Bolívar, ciudad de Chone, provincia de Manabí, la señora Xiomara del Carmen Kuffó López se encontraba en la parte de baja de su domicilio, acompañada de su hijo y de su sobrina, Gema Lastenia Santander Kuffó; momento en el que llegó el hoy procesado y disparó en su contra, asestándole un tiro en la cabeza que le ocasionó la muerte.

El Tribunal *ad quem*, expresó que “la responsabilidad penal del procesado está debidamente probada, con los testimonios rendidos en audiencia de juzgamiento, fundamentalmente los rendidos por las dos personas que se encontraban presentes en el momento mismo que ocurrió el hecho” [Sic], agregó que “de las pruebas obrantes en el proceso se puede establecer la materialidad de la infracción, pues en efecto se ejecutó un disparo en la cabeza, el cual le ocasionó la muerte instantánea a señora XIOMARA DEL CARMEN KUFFÓ LÓPEZ, como consta de la autopsia realizada por el perito médico legista que compareció a la audiencia a rendir su testimonio” [...], por lo que concluyó que “está certeramente demostrado que el delito objeto del proceso tomó vida por la conducta del procesado, las pruebas que existen tanto en relación con el objeto de proceso como la intervención del procesado en el delito son contundentes y dan certeza de la culpabilidad del justiciable cuya conducta se adecua al tipo penal contenido en los Arts. 450 No. 1 del Código Penal en relación al 42 del mismo cuerpo legal, alevosía que se configura pues el autor actuó con ventaja y sobre seguro”[Sic].

SEGUNDO.- Jurisdicción y competencia

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

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

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

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en virtud de lo previsto en el artículo 186 del COFJ, es competente, entre otras atribuciones, para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal.

Con fundamento en estas normas y en virtud del sorteo de ley correspondió el conocimiento de esta causa, signada en la Corte Nacional de Justicia con el número 17721-2016-0266, al Tribunal integrado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional; la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional; y, el doctor Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional ponente, 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.

En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, intervinieron la doctora Magaly Soledispa Toro y el doctor Alejandro Arteaga García, Conjueza y Conjuez Nacionales, por licencia concedida a las doctoras Gladys Terán Sierra y Sylvia Sánchez Insuasti, Juezas Nacionales, respectivamente.

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

Atento el estado de la causa, se considera:

TERCERO.- Validez procesal

Conforme la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal—COIP—, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014, por la fecha que inició el proceso, corresponde aplicar el régimen legal vigente a tal tiempo, esto es la Ley reformatoria al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal—CPP y CP—, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 555 de 24 de marzo de 2009; en consecuencia, se fundamentó el recurso de casación en audiencia oral, pública y de contradictorio.

El recurso de casación fue tramitado en aplicación de las garantías básicas que conforman el derecho al debido proceso, reconocidas en el artículo 76 de la CRE, y conforme las normas procesales previstas en los artículos 352 del CPP. No se evidencia omisión de solemnidades sustanciales o formalidades en la sustanciación del recurso de casación que vicien el procedimiento y que puedan incidir en el resultado final de esta causa.

El recurso es válido y así se lo declara.

CUARTO.- Argumentos y fundamentación del recurso

4.1. Fundamentación del recurso de casación.- El procesado Cristian Guillermo Iriarte Andrade, a través de su abogado defensor, doctor Antonio Guerrero Carrasco, en lo principal, manifestó:

4.1.1. Existen dos causales de casación, indebida aplicación y errónea interpretación, pues el Tribunal de Garantías Penales consideró que se adecuó la circunstancia constitutiva del tipo de la alevosía, del artículo 450.1 del CP; y, también agravó la pena, por la misma circunstancia, aplicando indebidamente el artículo 30.1 del CP, pues la misma norma dice que “cuando sea constitutivo del tipo penal, no se puede considerar como agravante la alevosía estipulada en el artículo 30 del Código Penal”.

Según dijo, se estaría agravando doblemente la situación jurídica del procesado.

4.1.2. La errónea interpretación se da, porque la alevosía es parte del tipo penal del artículo 450.1 del CP, y se la considera también como agravante general,

para aumentar el quantum de la pena.

Por lo que, de conformidad con el artículo 72 del CP, solicitó atenuar la pena de 12 a 16 años.

4.1.3. Por ello, solicitó que se acepte el recurso de casación y se imponga la pena que en derecho le corresponde.

4.2. Contestación del recurso.- La Fiscalía, a través de su delegado, el doctor José García Falconí, contestó:

4.2.1. En recurso de casación es un recuso técnico, se refiere exclusivamente a la sentencia y a la ley; es obligación del casacionista, manifestar cómo se violó la ley.

4.2.2. Se dijo simultáneamente que existe indebida aplicación y errónea interpretación. Un recurso de casación no se puede fundamentar por dos causales por la misma norma jurídica, eso se llama fundamentación impropia o promiscua. Esto en casación, es improcedente.

4.2.4. No se ha justificado de manera técnica el recurso de casación interpuesto por el señor Cristian Guillermo Iriarte Andrade.

4.2.5. Solicitó que el recurso de casación propuesto por el procesado se declare improcedente.

QUINTO.- Análisis del Tribunal de Casación.

5.1. Naturaleza y fines del recurso de casación

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

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

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

5.1.2. Su carácter de recurso extraordinario, entonces, se debe a que únicamente prospera ante la configuración de estrictos presupuestos establecidos por la ley,

que pueden consistir en: por una parte, la infracción de la ley material o error *in iudicando* (juicio), en cuyo caso la casación cumple una función nomofiláctica y unificadora en la interpretación del ordenamiento jurídico; o, por otra parte, la transgresión de las normas y garantías procesales que generen una situación de indefensión, en cuyo escenario la casación actúa como un medio de control de la legalidad.

De ahí que se está frente a un recurso “(...) *encaminado a enmendar las deficiencias que afectan al juicio de derecho contenido en la sentencia o resolución legalmente equiparable a ella, o a específicos requisitos procesales que condicionan la validez de esos actos decisorios*”.¹ En consecuencia, la casación no ha sido diseñada para remediar o corregir cualquier situación de iniquidad o defecto procesal, sino con la finalidad de “*procurar el imperio de la ley, la unificación de la jurisprudencia y la rectificación del agravio*”.²

De esa forma, no cabe duda de que la casación es un recurso limitado, que solo permite el control *in iure*, esto es el estudio, análisis y resolución de cuestiones de estricto derecho, pues no procede frente a requerimientos de un nuevo análisis de los hechos, ni sobre pedidos de nueva valoración de la prueba.

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. [...]”³

En la actualidad, y en el escenario del Estado constitucional de derechos y justicia, la casación cumple un propósito vinculado, de manera directa, con el respeto de los derechos y garantías fundamentales.

En esa medida, su espectro de acción adquiere una mayor amplitud en los sistemas de administración de justicia penal, que, como en el caso del Ecuador, cumple sus fines a través del sistema acusatorio, ya que, en efecto, lo que legitima la interposición de un recurso de casación es la emisión de una sentencia penal de segunda instancia en la que se ha transgredido el principio de legalidad y, por tanto, se han vulnerado esos derechos o garantías.

5.1.4. En esa línea de pensamiento, corresponde a este Tribunal de Casación analizar la sentencia recurrida, a efecto de determinar si se encuentra o no inmersa

¹ Lino Enrique Palacio, *Los recursos en el proceso penal* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001), 80.

² Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo X (Guayaquil: Editorial Edino, 2007), 73.

³ Humberto Fernández Vega, *El recurso extraordinario de casación penal* (Bogotá: Editorial Leyer, 2002), 34.

en alguno de los presupuestos establecidos en el artículo 349 del CPP, es decir, arribar a una conclusión sobre si, en la especie, se ha incurrido en una violación de la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o, bien, por errónea interpretación, lo que implica garantizar la legalidad y la seguridad jurídica.

5.1.5. En el Estado constitucional de derechos y justicia ecuatoriano toda autoridad, judicial o administrativa, tiene la obligación de garantizar el ejercicio pleno de los derechos, puesto que nuestra CRE, *“sujeta todos los poderes a la legalidad, sitúa los derechos fundamentales en el centro del sistema y prevé para ellos garantías institucionales inéditas. En este sentido y a criterio de la Corte, todas las autoridades administrativas y en el caso sub judice las autoridades judiciales, de conformidad con lo establecido en la Constitución, deben ser garantes y operadores del cumplimiento de las normas y derechos de las partes para la conformación de un verdadero Estado constitucional de derechos y justicia, en el que se respeten los derechos [...]”*⁴.

Cabe precisar que no es objetivo de la casación declarar la nulidad total o parcial de un proceso; tal declaratoria es un mecanismo de control de la constitucionalidad del razonamiento judicial impugnado o de la legalidad en la sustanciación de la causa, que es pertinente cuando, según el artículo 76.7.l) de la CRE, la sentencia no se encuentra motivada.

Previamente a entrar al análisis de los argumentos expresados por el recurrente en la audiencia de fundamentación del recurso de casación, corresponde a este Tribunal verificar que la sentencia impugnada cumple con las reglas de motivación para ser considerada válida; resultaría inoficioso contrastar los argumentos del recurrente contra una sentencia que carece de validez.

5.2. Los estándares constitucionales de motivación

La motivación de las decisiones judiciales es una de las garantías básicas del debido proceso y un componente fundamental del derecho a la defensa, contenida en el artículo 76.7.l) de la CRE. En virtud de los artículos 11.3 y 426 de la CRE, y, 5 del COFJ, y en salvaguarda de los derechos de las partes, corresponde a este Tribunal de Casación analizar si la sentencia impugnada cumple con esta norma constitucional.

El artículo 76.7.l) de la CRE establece como una garantía mínima del debido proceso, que las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas; para la existencia de motivación, la norma referida establece dos requisitos:

- i) la enunciación de las normas o principios jurídicos en que se funda la decisión; y,
- ii) la explicación la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.

Aún con el cumplimiento de estos requisitos, la decisión judicial puede adolecer de

⁴ Ecuador. Corte Constitucional (para el Periodo de Transición). Sentencia No. 035-12-SEP-CC del caso No. 0338-10-EP.

indebida motivación. Sobre esta cuestión, la Corte Constitucional del Ecuador, estableció los criterios para considerar una resolución constitucionalmente motivada, al respecto, expresó:

"La motivación es una de las garantías del debido proceso de conformidad a lo previsto en el artículo 76 numeral 7 literal I de la Constitución de la República y refiere a la obligación que en las resoluciones se enuncien las normas o principios jurídicos sobre las que se funda, debiendo explicar adecuadamente la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 21 de mayo del 2013, en el caso *Melba Suárez Peralta vs. Ecuador*, manifestó que: "La motivación es la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. En este sentido, el deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el artículo 8.1 de la Convención [Americana de Derechos Humanos] para salvaguardar el debido proceso".

Motivar, tal como lo expresó esta Corte Constitucional mediante su sentencia No. 0016-13-SEP-CC, es "encontrar la justificación por la cual se pronunció en determinada forma el juez o jueza que resolvió la causa puesta a su conocimiento, la cual debe producirse de manera razonada atendiendo a las circunstancias particulares del caso y apegada a los preceptos constitucionales y legales". En este mismo orden de ideas, la Corte Constitucional, para el período de transición, mediante sentencia No. 0227-12-SEP-CC, estableció los tres elementos o requisitos que debe contener una resolución para considerarse constitucionalmente motivada, los cuales son razonabilidad, lógica y comprensibilidad. [...]

Iniciamos así nuestro análisis con el requisito de la razonabilidad, debiendo ser entendido aquél como la observancia y aplicación de las normas jurídicas y las fuentes del derecho en el caso concreto. Una resolución es razonable cuando se adecúa a lo que el derecho establece para determinada circunstancia fáctica; por ello, la Constitución de la República es clara al expresar que en una resolución motivada deben enunciarse las normas o principios jurídicos que la sustentan. Dicho en otras palabras, la razón del juez se fundamenta en el derecho, sea en las normas constitucionales o infraconstitucionales, en las normas internacionales de derechos humanos, en la jurisprudencia o en la doctrina.

[...]

El segundo requisito es la lógica, expresada como la apropiada y coherente relación entre las premisas que establece el juzgador en su sentencia, con la conclusión a la que llega luego de su análisis argumentativo. [...]

Finalmente, hemos de referirnos al último requisito que compone la garantía de la motivación, es decir la comprensibilidad, requisito que se refiere a la claridad en el uso del lenguaje que los jueces aplican en su sentencia con miras a su fiscalización por el gran auditorio social y particularmente por las partes procesales involucradas en la causa. La comprensibilidad tiene suma importancia como garantía de la motivación dado que garantiza que los operadores de justicia no hagan uso de expresiones o frases obscuras que impidan comprender adecuadamente la razón de su sentencia o los motivos jurídicos que consideraron para emitir determinada decisión.

[...]".⁵

⁵ Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia No. 194-14-SEP-CC de fecha 06 de noviembre de 2014, dictada en el caso N. 0380-12-EP,

Para motivar una decisión judicial penal en nuestro sistema legal del CPP⁶, se ha establecido a la sana crítica, herramienta que permite aplicar reglas de la lógica, de la experiencia, del conocimiento de la o del juzgador, al caso sometido a resolución judicial, en base a la verdad procesal y con aplicación de la ley que contiene a los hechos.

En concordancia con la norma constitucional, el régimen procesal aplicable a la causa, establece:

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

De la lectura del razonamiento judicial de la Corte de Apelaciones, el Tribunal de Casación encuentra que la construcción del análisis judicial en la sentencia reprochada adolece de errores de motivación, por tres circunstancias:

- a. En el considerando cuarto de su sentencia, enuncia las pruebas actuadas durante el juicio, sin que conste en tal considerando, o en otros posteriores, análisis alguno respecto a los hechos considerados demostrados después del ejercicio de valoración probatoria, que es su competencia.

Es más, expresamente dice que *“la Sala estima que, por el principio de inmediación el Tribunal Penal sentenciador, tenía competencia y capacidad efectiva para declarar probados los hechos referidos, por lo que la Sala los acepta, por no encontrarlos en pugna con la lógica jurídica ni con los estándares aceptables del razonamiento judicial”* [Sic].

Con lo citado, es la misma Sala la que omite analizar el contenido de los elementos probatorios que enunció en el considerando cuarto, desnaturalizando el recurso de apelación cuya finalidad es la revisión integral de la sentencia impugnada, sustentando tal omisión en que acepta los hechos considerados probados por el Tribunal *a quo*, sin expresar razón alguna para llegar a tal conclusión.

En consecuencia, el razonamiento judicial de la Corte de Apelaciones debía cumplir las reglas del artículo 88 del Código de Procedimiento Penal y explicar cómo se consideró demostrado el nexo causal entre la infracción y la conducta del procesado; los hechos que consideró probados con cada una de las pruebas. La sentencia impugnada carece de este ejercicio racional.

- b. El Juzgador *ad quem*, en el considerando sexto de su sentencia, respecto al “Análisis de la Sala”, se limita a citar jurisprudencia, normas y doctrina, sin explicar la pertinencia al caso concreto, llegando a conclusiones sin mediar razonamiento alguno entre lo citado y el relato fáctico fijado después de la

⁶ No ocurre lo mismo en el modelo del Código Orgánico Integral Penal, en que se recurre al convencimiento más allá de toda duda razonable.

valoración probatoria.

Vicio en la construcción del razonamiento judicial provocado por la omisión referida en el párrafo anterior, que lo torna en incomprensible, trasgrediendo el principio de congruencia, es decir, la pertinencia del razonamiento expuesto por el Tribunal de Apelación en su sentencia con la verdad procesal y los hechos puestos en su conocimiento.

- c. En la parte final de su resolución, la Corte de Apelaciones establece que *“La defensa del procesado ha solicitado la aplicación de atenuantes, derecho que le asiste al procesado con la finalidad de modificar la pena impuesta a su favor; solicitud negada por el Tribunal aquo pues este hecho (aplicación de atenuantes) solo puede verificarse cuando han concurrido dos o más de las circunstancias contempladas en el art. 29 del Código Penal y ninguna circunstancia agravante; este Cuerpo Colegiado considera que la no aplicación de las atenuantes por parte del Juez Plural Aquo es correcto, en vista de que efectivamente existe una circunstancia agravante no constitutiva de la infracción constante del artículo 30 del Código Penal numeral 1, esto es el hecho que, deliberadamente el autor haya comparecido al lugar en donde vive la víctima; y, de las pruebas actuadas se desprende que llegó expresamente en una moto a ese lugar, se bajó de allí y se dirigió al edificio COPPIANO que es en donde se produce el asesinato y ese edificio pertenecía al cónyuge de la víctima y su domicilio.”*; razonamiento que es confuso e incomprensible, pues si bien se enuncia la norma que se aplica, el supuesto de hecho que la Sala establece verificado, no coincide con la norma invocada; es más, el artículo 30.1 del CP, refiere a la alevosía como agravante general, circunstancia fáctica que también constituye elemento constitutivo del asesinato, tipo penal aplicado a la conducta del procesado, por lo que no existe relación lógica entre la norma citada, el supuesto de hecho considerado verificado y la consecuencia jurídica que le ha dado el Tribunal de apelación.

Las circunstancias revisadas provocan la inmotivación de la decisión judicial reprochada, pues, un razonamiento viciado de incongruencia no es razonable; así mismo, la enunciación de las normas aplicables a la causa sin la debida argumentación de la pertinencia de su aplicación a los antecedentes fácticos fijados, provoca la nulidad constitucional de la sentencia, de conformidad con el artículo 76.7.1) de la Constitución de la República del Ecuador.

SEXTO.- Resolución

Por todo lo expuesto, en cumplimiento de las normas constitucionales y legales anotadas; el principio de responsabilidad consagrado en el artículo 15 del Código Orgánico de la Función Judicial, y con fundamento en el artículo 76.7.1) de la Constitución de la República del Ecuador, “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, por unanimidad, declara la nulidad constitucional de lo actuado desde la audiencia de fundamentación del recurso de apelación que da

lugar a su resolución, a costa de la jueza y jueces que actuaron indebidamente. Esto, a fin de que se realice una nueva audiencia en que se trate sobre el recurso de apelación planteado y se emita una sentencia que cumpla con los estándares constitucionales.

Ejecutoriada esta sentencia devuélvase el expediente a la autoridad de origen para su ejecución. **Notifíquese y cúmplase.- F.- DR. MARCO MALDONADO CASTRO.- CONJUEZ NACIONAL PONENTE.- F.- DRA. MAGALY SOLEDISPA TORO.-CONJUEZA NACIONAL.- F.- DR. ALEJANDRO ARTEAGA GARCÍA.- CONJUEZ NACIONAL.- Certifico.- F.- Dra. Ximena Quijano Salazar.- SECRETARIA RELATORA**

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

Quito, 29 de mayo de 2017


Dr. Carlos Rodríguez García
SECRETARIO RELATOR



CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR

CASO No. 0058-2016
RESOLUCION No. 2473-2016
RECURSO: CASACIÓN
PROCESADO: COLBER RAMÓN OÑA ORDOÑEZ
DELITO: ESTAFA.

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

Quito, viernes 23 de diciembre de 2016, las 11h58.-

VISTOS:

ANTECEDENTES

RELACIÓN CIRCUNSTANCIADA DE LA DECISIÓN IMPUGNADA

La Fiscalía General del Estado en su exposición de la teoría del caso en la audiencia de juzgamiento señaló: “Que el ofendido Sr. Edgar Valdomiro Santacruz Aguas, presenta la denuncia indicando que en el mes de abril del 2011 se dirigió al Regimiento Quito a retirar sus cosas, toda vez que fue notificado con la baja de la Policía Nacional; de ese acto administrativo se enteró el Sr. Jorge Ramón Oña Ordoñez y le ofrece ayuda, indicándole que tiene un abogado de confianza, el mismo que puede ayudarlo presentando una acción de protección, a fin de que el Sr. Valdomiro sea reintegrado a la Institución Policial; posteriormente le pide el número de celular, a los pocos días el procesado lo llama y le dice que en verdad le puede ayudar ya que él ha sido dado de baja y reintegrado a la Policía Nacional mediante una acción de protección, y, que para esto tenía que cancelarle la cantidad de \$ 12.000 dólares, después lo llama y le dice que le deposite en la cuenta No. 3878541100, que es de propiedad del procesado, a los 3 días lo vuelve a llamar pidiéndole los documentos para iniciar la acción, documentos que debía llevarlos a la ciudad de Esmeraldas; pasan unos días le llama y le dice que le deposite \$ 8.000 dólares, dinero que fueron depositados en la cuenta del procesado, pero el día 4 de mayo del 2011, lo llama nuevamente donde le indicándole que le deposite \$ 3.000 dólares más, porque la causa ya estaba sorteada, en el Juzgado de Atacames, donde se había radicado la competencia para conocer esta acción de protección; le notificaron y cuando era llamado para que se de la audiencia, esta se suspendió por varias ocasiones; al final se efectuó la audiencia, el Sr. Valdomiro acudió a la audiencia, pero ese día no se emitió la resolución, quedando el procesado avisarle

cual era la resolución a la que habían llegado; indica la víctima que él, le hizo varias llamadas al procesado a fin de verificar la resolución y el procesado no le contestaba; un cierto día el procesado lo llama y le indica que le han negado la acción de protección. Fiscalía con los elementos encontrados acusa al procesado como autor del delito de estafa, tipificado y sancionado en el Art. 563 del Código Penal (CP)” (sic).

RESUMEN BREVE DE LOS ACTOS DE SUSTANCIACIÓN DEL RECURSO

El Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo de los Tsáchilas, el 17 de septiembre de 2015, a las 15h30, resolvió declarar al procesado Colber Ramón Oña Ordoñez, como autor y responsable de la comisión del delito tipificado y sancionado en el artículo 563 del Código Penal, en concordancia con el artículo 42 del mismo cuerpo legal; imponiéndole la pena de un año de prisión correccional, multa de cien dólares de los Estados Unidos de Norte América. Conforme al artículo 309 numeral 5 del Código de Procedimiento Penal se condena al pago de once mil doscientos dólares americanos, que serán cancelados por el sentenciado al acusador particular. Inconforme con este pronunciamiento el procesado interpone recurso de apelación.

La Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, en sentencia de mayoría del 23 de diciembre de 2015, a las 15h29, acepta el recurso de apelación interpuesto por el sindicado, revocando el fallo subido en grado y en su lugar ratifica el estado de inocencia de Colber Ramón Oña Ordoñez.

Disconforme con la sentencia emitida por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, interponen recurso de casación, el doctor Jorge Iván Urgiles Castillo, Agente Fiscal, en el cantón Santo Domingo, provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas.

COMPETENCIA

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

a las y los siete juezas y jueces quienes 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 doctor Jorge Blum Carcelén, de conformidad al artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial en calidad de Juez Nacional Ponente, doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional, y doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional, somos competentes para conocer y resolver el presente recurso de casación penal planteado.

5.- TRÁMITE:

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

6.- FUNDAMENTACIÓN, CONTESTACIÓN Y RÉPLICA DEL RECURSO DE CASACIÓN FISCAL:

Según lo dispuesto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 345 ejusdem, se realizó el día 13 de diciembre de 2016, a las 16h00, la audiencia oral, pública y contradictoria, en la que las partes expresaron:

El doctor José García Falconí, delegado del señor Fiscal General del Estado, fundamentó el recurso de casación, manifestando:

Indica, que la Fiscalía General del Estado, casa la sentencia emitida por la Sala de la Corte Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas de fecha 23 de diciembre de 2015, a las 15h29, por contravención expresa de los artículos 76.7.I) de la Constitución de la República del Ecuador, 130.4 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 304.A del Código de Procedimiento Penal.

Manifiesta, que el procesado Colber Ramón Oña Ordoñez, de cuarenta y nueve años de edad de profesión comerciante, se hace entregar once mil doscientos dólares, a base de engaños por parte de Edgar Valdomiro Santacruz Aguas, ofreciéndole conseguir un abogado para que presente una acción de protección, a fin de que el señor Santacruz se reintegre a las labores de la policía.

Señala, que no entiende cuales fueron los razonamientos jurídicos de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas para que se revoque la sentencia de primer nivel y se haya ratificado la inocencia.

Que la sentencia en el punto 5.4. parte final señala: *“(...)Esto por cuándo del testimonio del Abogado Tito Robles quien tramitó la acción de protección en patrocinio del señor Edgar Santacruz Aguas, refiere que directamente cobró honorarios al citado señor, por lo tanto la prueba más bien conduce a establecer, que existiría un disposición arbitraria de los once mil dólares que se le consignó al procesado para esa finalidad de restitución o empleo en la contratación de abogados (...).”*; y, a continuación en el punto 5.5, hace una cita de una resolución de la Corte Suprema de Justicia, de 25 de junio de 2008, que no tiene ninguna referencia con los hechos que se están tratando, ya que refiere a un delito de estafa en la venta de un vehículo.

Manifiesta Fiscalía, que los jueces de instancia en la parte resolutive mencionan, que: *“(...) resuelve aceptar el recurso planteado y revoca la sentencia subida en grado y confirma el estado de inocencia del procesado Colber Ramón Oña Ordoñez, y en atención a lo dispuesto en el Art. 318 del Código de Procedimiento Penal y en relación a lo dispuesto en el Ar. 626 Del Código Orgánico Integral Penal, al haberse observado que de la valoración de la prueba el procesado habría adecuado su conducta a un delito diverso, previsto en el Art. 187 del COIP, en relación al Art. 560 del anterior Código Penal, se dispone que la Fiscalía General del Estado inicie el*

proceso penal correspondiente, contra el señor Colber Ramón Oña Ordoñez (...), por lo que indica que el artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece el principio denominado “iura novit curia”, el juez conoce el derecho; que el Fiscal pone en conocimiento los hechos al juez, y es él quien debe calificarlos y establecer que delito se cometió, pero en este caso, erróneamente y de manera inmotivada, se establece que el ilícito es el de abuso de confianza y no el delito de estafa, consecuencia de lo cual se ratifica la inocencia, revocando la sentencia de primera instancia que declaró la culpabilidad del procesado.

Que la sentencia, no reúne los parámetros mínimos de razonabilidad, de lógica y de comprensibilidad, que exigen los artículos 76.7.I) de la Constitución de la República, 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, 304.A del Código de Procedimiento Penal.

Por lo cual solicita Fiscalía, se declare la nulidad de la sentencia, se llame la atención a los señores jueces, por este error grave que se cometió al señalar que los hechos son diferentes, cuando el delito de estafa y el de abuso de confianza, son delitos contra la propiedad.

Fiscalía en resumen indica, que se case la sentencia por contravención expresa de los artículos 76.7.I) de la Constitución de la República del Ecuador, 130.4 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, 304.A del Código de Procedimiento Penal.

CONTRADICCION POR PARTE DEL PROCESADO.-

El doctor Edwin Lasso Guerrero, en representación del procesado no recurrente Colber Ramón Oña Ordoñez, manifiesta lo siguiente:

Que la sentencia recurrida cumple con el doble conforme; que en la misma se encontró que Fiscalía no cumplió con los principios de oportunidad, de objetividad y motivación, porque dentro de las pruebas evacuadas, pedidas practicadas e incorporadas en la audiencia de juzgamiento, no se demostró el cometimiento de la estafa, sino que se probó el delito de abuso de confianza, por lo que indica, que no se puede jugar con los tipos penales, porque si los señores Ministros de la Corte Provincial de Justicia, encontraron otro delito, están haciendo lo correcto, ordenando a que se inicie otra investigación, ya que no se puede en un mismo proceso cambiar el tipo penal establecido, es decir que si se inició por estafa debe ser sentenciado por ese delito.

Establece la defensa, que de manera correcta los jueces indican que no es estafa, sino que se cometió el delito de abuso de confianza, por lo que en la sentencia de manera fundamentada se determinó que: “(...) *al haberse observado que de la valoración de la prueba el procesado habría adecuado su conducta a un delito diverso, previsto en el Art. 187 del COIP(...)*”, que en el capítulo de la estafa y de otras defraudaciones del código anterior, existía la estafa y el abuso de confianza, pero son delitos diferentes con distintas sanciones. Que por eso se estableció que la Fiscalía General del Estado inicie el proceso penal correspondiente, de existir abuso de confianza.

Que los Jueces de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, actuaron apegados a derecho; que en el recurso de casación solo se pueden entrar analizar los errores de derecho en la sentencia, y al escuchar la fundamentación por parte de Fiscalía, no se establece cuáles fueron dichos errores de aplicación de la ley, es decir, que se inició el proceso por el delito de estafa que no fue comprobado y la Sala de la Corte Provincial, aplicando el principio de legalidad corrigió los errores del tribunal de primera instancia.

Señala, que si la sentencia de la Corte Provincial se basa en la del Tribunal a-quo, mal se haría si se cambiase el tipo penal por el cual se juzga al procesado, pone como ejemplo, sería como si una persona viniese sentenciada por violación y se le cambie el tipo penal a tenencia de armas, que no cabría al ser delitos diferentes.

Menciona, que en fallos de triple reiteración de la Corte Nacional de Justicia en la resolución N° 0201-2013 en el juicio N° 1082-2013, referente a que no se puede cambiar los tipos penales. Además la defensa manifiesta, que la sentencia se encuentra debidamente motivada, ya que no se configuró los elementos constitutivos del delito de estafa, por lo que debía primar la presunción de inocencia, y al existir evidencia del delito de abuso de confianza, se hace lo correcto al mandar a que se investigue.

Solicita que se rechace el recurso presentado, confirmando la sentencia de tribunal ad-quem y por tanto se ratifique el estado de inocencia del procesado Colber Ramón Oña Ordoñez.

RÉPLICA.-

El Fiscal General del Estado, a través de su delegado doctor José García Falconí, ejerce su derecho a la réplica manifestando:

Solamente se va a referir al ejemplo propuesto por la defensa, señalando que entre los delitos de violación y tenencia de armas, obviamente son delitos diferentes, ya que el bien jurídico protegido es distinto; pero en el caso de abuso de confianza y de estafa, el bien jurídico es la parte económica.

Añade que en la Corte Interamericana de Derechos Humanos existe el caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, en el que se señala que la calificación de los hechos, le corresponde al juez, a base de los hechos señalados por el Fiscal, y por tanto es el juzgador el que califica los hechos en base del principio iura novit curia. De tal manera solicita Fiscalía que se case la sentencia por los razonamientos Jurídicos antes mencionados.

CONTRARÉPLICA.-

El doctor Edwin Lasso, en representación del procesado no recurrente Colber Ramón Oña Ordoñez, manifiesta:

Que afirma y ratifica lo expuesto anteriormente, que los jueces de la Corte Provincial de Justicia, de manera motivada y fundamentada, hacen una exposición detallada de todo lo pertinente para su resolución, por lo que solicita, se rechace el pedido de Fiscalía.

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

7.1 Con relación al recurso de casación.

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

“La casación es uno de los recursos procesales, mediante el cual el ordenamiento jurídico busca proteger el derecho de impugnación que tiene todo ciudadano en contra de las decisiones que los administradores de justicia dictan en los procesos

jurisdiccionales, derecho que no solo forma parte de las garantías del debido proceso constantes en la Constitución de la República, en su artículo 76.7. m) sino que además ha sido recogido por instrumentos internacionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos, la que en su artículo 8.2.h), manifiesta que toda persona inculpada de un delito tiene “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal.”¹

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

Para nuestro criterio, el recurso de casación en la forma prevista en nuestra ley positiva, está encaminado a corregir yerros intelectivos que se presentan en el plano normativo de la ley, es decir, errores de puro derecho, mismos que son atribuibles a los tribunales de segunda instancia, en base a un defecto cognoscitivo que se avizora en el raciocinio que realiza el juzgador.

7.2. Con respecto al tipo penal de estafa.

El artículo 563 del Código Penal, contempla el delito de estafa, en los siguientes términos: *“El que, con propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro, se hubiere hecho entregar fondos, muebles, obligaciones, finiquitos, recibos, ya haciendo uso de nombres falsos, o de falsas calidades, ya empleando manejos*

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

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

³ Ibídem, pág. 65.

fraudulentos para hacer creer en la existencia de falsas empresas, de un poder, o de un crédito imaginario, para infundir la esperanza o el temor de un suceso, accidente, o cualquier otro acontecimiento quimérico, o para abusar de otro modo de la confianza o de la credulidad, será reprimido con prisión de seis meses a cinco años y multa de ocho a ciento cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de Norte América. Será sancionado con el máximo de la pena prevista en el inciso anterior y multa de quinientos a mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, el que cometiere el delito utilizado medios electrónicos o telemáticos. La pena será de reclusión menor ordinaria de tres a seis años, si la defraudación se cometiera en casos de migraciones ilegales.”, siendo el bien jurídico protegido en este caso la propiedad, la misma que se ve lesionada por el accionar del agente que cometió la infracción, quien mediante engaños y artimañas hace que la víctima le entregue dicha propiedad.

El doctor Jorge Zavala Baquerizo, en su obra “Delitos contra la Propiedad”, cita al catedrático Anton Oneca que define a la estafa en los siguientes términos: “*es la conducta engañosa, con ánimo de lucrar injusto, propio o ajeno, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero*”⁴, así mismo, el doctor Zavala Baquerizo, señala: “Para nosotros la estafa es un delito por el cual una persona mediante fraude (engaño, o abuso de confianza) y con ánimo de apropiación, induce a otra a entregarle una cosa de su propiedad o de propiedad de un tercero.”⁵, concluyendo por tanto que para que se constituya el delito de estafa existen tanto elementos subjetivos como son el dolo y el ánimo de apropiación, como elementos objetivos que son el fraude y la entrega de cosas, a consecuencia del cual se genera un perjuicio ya sea al patrimonio propio de la víctima o de un tercero.

7.3. Contravención expresa del artículo 76.7 I) de la Constitución de la República y artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial.-

La Fiscalía General del Estado, al fundamentar el recurso de casación planteado alegó la contravención expresa del artículo 76.7.I) de la Constitución de la República del Ecuador y del artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, que se refieren a la falta de motivación de la sentencia impugnada, ya

⁴ Jorge Zabala Baquerizo, “Delitos contra la Propiedad”, Tomo II, Editoria Edino, Guayaquil, 1988, página 102.

⁵ Ob. Cit. Página 103.

que en dicho fallo no llega a comprender por qué razón se reconoce el estado de inocencia del procesado, pero a pesar de ello, señalan que de la valoración de la prueba Colber Ramón Oña Ordoñez, habría adecuado su conducta a un tipo diverso, esto es, el de apropiación indebida y no al de estafa que era materia del proceso.

Efectivamente la falta de motivación, se produce cuando la sentencia no es clara, razonable, ni comprensible, que es precisamente el error de derecho incurrido por los jueces de mayoría al dictar la sentencia en el que reconocen el estado de inocencia del procesado, cuando el análisis que debían realizar a la luz de la sana crítica, respecto de la valoración de los hechos y de la prueba, debían haber concluido en la responsabilidad de Oña Ordoñez como autor de estafa y por ello este Tribunal de casación, considera que el análisis jurídico, no es coherente y produce el error de derecho con la contravención expresa del artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, como se detallará a continuación, ya que de lo relatado por dichos jueces, y del acervo probatorio debían concluir en la culpabilidad del procesado.

Al respecto, sobre la motivación los tratadista Rodrigo Cerda y María Felices indican que el magistrado debe expresar en forma concisa, precisa y clara las razones de su convencimiento indicando que *“la motivación debe referirse al hecho delictuoso, a la participación del imputado, a la calificación legal del delito, de un modo más genérico debe versar sobre los hechos y el derecho y no hay duda que el juez no puede cumplir esa obligación mediante una simple afirmación de los hechos que considera probado; y desde la perspectiva social y procedimental, la motivación de la sentencia permite al sujeto procesal no favorecido con la misma, interponer y sustentar el respectivo recurso impugnatorio y naturalmente, a la instancia jurisdiccional superior, conocer de la misma sentencia en ejercicio propio del control de la jurisdicción aplicada al caso concreto⁶”*.

También refieren dichos autores, que en todo sistema procesal la fundamentación y motivación de las decisiones judiciales relevantes, especialmente de la sentencia definitiva, constituye una garantía del derecho a un debido proceso; ya

⁶ Rodrigo Cerda María Felices, El nuevo Proceso Penal. Constitucionalización, Principios y Racionalidad Probatoria, Editorial Grijley, Perú, 2011, p.299

que es un aporte de racionalidad en el proceso intelectual de valoración de la prueba, de interpretación jurídica de las normas y de aplicación de las mismas al caso concreto; implica también el derecho a una sentencia razonable y congruente, porque no será razonable una decisión que contiene contradicciones internas o errores lógicos y será incongruente cuando implica un pronunciamiento sobre temas o materias no debatidas en la audiencia, sobre las cuales no se ha producido la necesaria contradicción entre las partes, emitiéndose un pronunciamiento judicial que altera de modo decisivo los términos en que se desarrolla el litigio, sustrayendo a las partes del auténtico debate contradictorio y mermando el derecho a la defensa.

Por su lado, Ignacio Colomer Hernández⁷, al indicar los requisitos de la motivación, señala a la “racionalidad” que hace referencia a la condición que adquiere la decisión cuando viene adoptada y justificada con sumisión a las normas y principios de un ordenamiento; la “razonabilidad” de la decisión judicial conlleva la aceptabilidad de la misma por el común de las personas; mientras que la “coherencia” constituye una exigencia esencial de la motivación y presupuesto de la racionalidad de la justificación de la decisión, que tiene dos grandes dimensiones como la coherencia interna de la motivación, que se refiere a los elementos que la integran; y, la coherencia externa a la justificación de la decisión, que se refiere a las relaciones que se establecen entre motivación y fallo y entre motivación y otras resoluciones ajenas a la propia sentencia.

Cuando nos referimos a que el juzgador debe enunciar los hechos probados, estos deben ser claros y no contradictorios teniendo riqueza descriptiva, evitando expresiones que supongan una valoración; mientras que la motivación del juicio sobre los hechos en la sentencia absolutoria, puede consistir en la declaración de hechos probados o no probados, cuando verificada la existencia de hechos el acusado no resulta ser el autor y se lo absuelve por la existencia de duda o insuficiencia probatoria.

Manuel Miranda Estampes, en su obra *La Valoración de la Prueba*, citando a Taruffo señala que: “*la motivación no puede considerarse como una explicación del procedimiento lógico o psicológico con el que el juez ha llegado a la decisión, es más*

⁷ Ignacio Colomer, *La Motivación de las Sentencias. Sus Exigencias Constitucionales y Legales*. Editorial Tirant lo Blanch, España, 2012, págs. 163-308

*bien la exposición de un razonamiento donde el juez muestra la decisión, que se funda sobre las bases racionales idóneas, elaboradas ex post respecto de la decisión*⁸, donde se debe identificar la fuente de prueba con su contenidos objetivos, explicando cómo se conectan dichas pruebas con el hecho a probar.

Con lo anteriormente expuesto este Tribunal de casación considera que la conclusión del fallo de mayoría no es coherente, con el análisis realizado a la valoración de la prueba, produciéndose el error de derecho al considerar que se podría violar el principio de congruencia, cuando en realidad no es así, ya que los hechos y la prueba llevaron a los juzgadores de instancia, a establecer la existencia del delito de estafa, pero no le atribuyen la responsabilidad del procesado como autor de dicho delito, porque asumen que el ilícito que ha cometido es el de abuso de confianza, lo cual es violatorio de la ley.

7.4. Contravención expresa del artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal.-

La Fiscalía General del Estado, fundamenta el recurso de casación, en la contravención expresa del artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, ya que considera que mediante la prueba pertinente, que se encuentra descrita en la sentencia que se impugna, esto es, la emitida por la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, debía haber obtenido los juzgadores de instancia la certeza de la existencia del delito y de la responsabilidad del procesado, pero injustificadamente al haberse declarado el estado de inocencia del procesado cometieron un error de derecho, ya que con la prueba actuada en juicio se debía haber desechado el recurso de apelación y confirmado la sentencia de condena emitida por el Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo de los Tsáchilas, que lo sanciona como autor del tipo penal de estafa, tipificado y sancionado en el artículo 563 del Código Penal.

Al respeto, hay que indicar que la causal de casación denominada contravención expresa de su texto, se produce cuando se aplica una determinada norma jurídica para resolver el caso en concreto, sin que se ajuste está a los hechos. El tratadista José Florencio Infante Díaz, al referirse a la contravención expresa de su texto, indica: “Se entiende que hay contravención formal de la ley, cuando,

⁸ Manuel Miranda Estampes, La Valoración de la Prueba La Luz Del Nuevo Código Procesal Penal Peruano de 2004, p. 26

dada una situación de hecho, el juez al aplicar el derecho ha contradicho su texto, su espíritu o sus motivos. En este caso se produce una situación en que el juzgador entra a legislar para el caso controvertido ante él”⁹.

Del análisis de la sentencia impugnada, los juzgadores de mayoría refieren que se encuentra probada la materialidad de la infracción, con las copias de los depósitos realizados en la cuenta N° 3877541100, de Colber Ramon Oña Ordoñez, realizados en diferentes fechas; y, la responsabilidad del procesado con certeza se encuentra justificada con los testimonios rendidos por el ofendido Edgar Santacruz Aguas, quien señaló la forma en la que el procesado se hizo entregar el dinero con la finalidad de que haga las gestiones pertinentes para su reincorporación a la Policía Nacional, ya que le habían dado de baja y para ello el procesado le indicó que tenía unos abogados en Esmeraldas, que también lo ayudaron a reintegrarse a las filas policiales; lo cual fue ratificado con los testimonios rendidos en juicio por Marco Pérez y Betty Marisol Cabrera, quienes también señalaron que les consta los depósitos al señor Oña, aproximadamente en la cantidad de doce mil dólares (USD 12.000,00), en distintas fechas y montos de ocho mil (USD 8.000,00) y tres mil (USD 3.000,00) dólares de los Estados Unidos de Norte América y que ese dinero le había prestado al señor Pérez, dejando como prenda un solar en la “Cooperativa 30 de Julio”, con lo cual se llega a establecer que el procesado se hizo entregar dicha cantidad de dinero, ajustando su accionar consiente y voluntario al cometimiento del delito de estafa, conforme lo establece el artículo 563 del Código Penal, que dice: *“El que, con propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro, se hubiere hecho entregar fondos, muebles, obligaciones, finiquitos, recibos, ya haciendo uso de nombres falsos, o de falsas calidades, ya empleando manejos fraudulentos para hacer creer en la existencia de falsas empresas, de un poder, o de un crédito imaginario, para infundir la esperanza o el temor de un suceso, accidente, o cualquier otro acontecimiento quimérico, o para abusar de otro modo de la confianza o de la credulidad, será reprimido con prisión de seis meses a cinco años y multa de ocho a ciento cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de Norte América”*,

⁹ José Florencio Infante Díaz, Causales de Casación de Fondo en Materia Civil, Sociedad Impr. y Litografía Universo, Valparaíso, página 73.

El doctor Jorge Zavala Baquerizo, como ya hemos citado anteriormente señala *“Para nosotros la estafa es un delito por el cual una persona mediante fraude (engaño, o abuso de confianza) y con ánimo de apropiación, induce a otra a entregarle una cosa de su propiedad o de propiedad de un tercero.”*¹⁰

Con lo expresado anteriormente, se establece con certeza, la existencia del delito de estafa y en especial la conducta engañosa realizada por el procesado en el cometimiento de dicho delito, con lo que se establece que de la prueba actuada en juicio el tipo penal que se ajusta a los hechos es el de estafa y no el de apropiación indebida, como equivocadamente lo refieren los juzgadores.

Al señalarse en la sentencia que de la valoración de la prueba se establece que el procesado habría adecuado su conducta a un delito diverso previsto en el artículo 560 del Código Penal, esto es, la apropiación indebida, dispusieron equivocadamente que la Fiscalía General del Estado, inicie un nuevo proceso penal contra el mismo procesado Colber Ramón Oña Ordoñez y equivocadamente reconocen su estado de inocencia por el delito de estafa, lo cual constituye una violación a la ley y un error de derecho, ya que debían aplicar, en forma correcta lo dispuesto en el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, emitiendo una sentencia de condena en contra del procesado, como autor del delito de estafa; ya que los hechos quedaron fijados en la audiencia de juicio y con la prueba debían haber llevado a la certeza, de la existencia del delito de estafa y no de apropiación indebida, ya que los hechos correspondían al tipo penal, por el que se inició y tramitó el proceso, constituyendo un error judicial reconocer su estado de inocencia por el delito de estafa y disponer que se inicie otro proceso por la apropiación indebida, cuando éstos son delitos homogéneos y precautelan el mismo bien jurídico que lo constituye la propiedad privada, por lo que no existe violación al principio de congruencia como erradamente lo consideran los jueces que emitieron la sentencia de mayoría.

Respecto al principio de congruencia, debemos señalar que este se refiere a los hechos y mientras estos no varíen los juzgadores deberán adecuar dichos hechos a la conducta típica que corresponda, como lo sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*: *“(...) el principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia” implica que la sentencia puede*

Jorge Zabala Baquerizo, “Delitos contra la Propiedad”, Tomo II, Editoria Edino, Guayaquil, 1988, página 103.

versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación. Por constituir el principio de coherencia o correlación un corolario indispensable del derecho a la defensa, la Corte considera que aquel constituye una garantía fundamental del debido proceso en materia penal, que los Estados deben observar en cumplimiento de las obligaciones previstas en los incisos b) y c) del artículo 8.2 de la Convención”. Sostiene también que, “(...) La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituye la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de los hechos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o juzgador, sin que ello atente contra el derecho a la defensa cuando se mantengan sin variación los mismo hechos, y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo una nueva calificación”¹¹

Con lo anterior, establecemos que la sentencia atacada contiene un error de derecho por la contravención expresa del artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, ya que al existir la certeza del delito y de la responsabilidad del procesado, debían haber aplicado el artículo 563 del Código Penal, en concordancia con el artículo 42 ibídem, emitiendo sentencia de condena en contra de Colber Ramón Oña Ordoñez, como autor del delito de estafa y en tal virtud se casa la sentencia impugnada.

Por las consideraciones antes indicadas, **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”**, por unanimidad, se acepta la casación de la Fiscalía General del Estado y se casa la sentencia por contravención expresa de lo dispuesto en el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, y corrigiendo el error de derecho se revoca la sentencia de mayoría emitida el 23 de diciembre de 2015, a las 15h29, por la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas y se condena a **COLBER RAMON OÑA ORDOÑEZ**, cuyas generales de ley obran del proceso, en calidad de autor del delito de estafa tipificado y reprimido en el artículo 563 del Código Penal, en concordancia con el artículo 42 ibídem, debiendo cumplir **UN AÑO DE PRISIÓN CORRECCIONAL** y multa de cien dólares de los Estados Unidos de Norte

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Fermín Ramírez vs Guatemala, sentencia de 20 de junio 2005, fondo, reparaciones y costas, párrafo 70

América, que la cumplirá en el Centro de Atención a Personas Adultas en Conflicto con la Ley de la ciudad de Santo Domingo de los Tsáchilas de la provincia del mismo nombre, debiendo descontarse el tiempo que haya estado privado de su libertad por esta causa.

Conforme a lo dispuesto en el 64 numeral 2 ibídem, en concordancia con el artículo 81 del Código de la Democracia una vez ejecutoriada la sentencia, ofíciase al Consejo Nacional Electoral, haciéndole conocer sobre la pérdida de los derechos políticos del sentenciado por el tiempo de duración de la condena.

De conformidad con el artículo 78 de la Constitución de la República, ha lugar a la reparación integral en favor de la víctima y además se condena al procesado al pago de once mil doscientos (USD 11.200,00) dólares de los Estados Unidos de Norte América.

Ofíciase al Consejo de la Judicatura para que analicen la conducta del doctor Iván Javier León Rodríguez y Patricio Calderón Calderón, quienes al emitir el voto de mayoría, cometieron el error de derecho referido anteriormente. **NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUELVA.**- F.- Dr. Jorge M. Blum Carcelén, MSc.- JUEZ NACIONAL PONENTE.- F.- Dra. Sylvia Sanchez Insuasti.- JUEZA NACIONAL.- F.- Dr. Miguel Jurado Fabara.- JUEZ NACIONAL.- CERTIFICO: F.- DR. CARLOS RODRIGUEZ GARCÍA.- **SECRETARIO RELATOR.**

CERTIFICO las ocho (8) fojas que anteceden son iguales a su original

Quito, 29 de mayo de 2017


Dr. Carlos Rodríguez García
SECRETARIO RELATOR

CASO No. 0639-2015
RESOLUCION No. 2474-2016
RECURSO: CASACIÓN
PROCESADO: LUIS FERNANDO CRUZ CRUZ
DELITO: TENTATIVA DE VIOLACIÓN.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

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

JUICIO No. 17721-2015-0639

RECURSO DE CASACIÓN

DELITO DE TENTATIVA DE VIOLACIÓN

LA FISCALÍA CONTRA LUIS FERNANDO CRUZ CRUZ

CONJUEZ PONENTE: Dr. Marco Maldonado Castro

Quito, viernes 23 de diciembre de 2015, las 08H23.-

VISTOS:

PRIMERO.- Antecedentes

1.1. Antecedentes procesales

El Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, en fecha 22 de agosto del 2014, las 11h44, dictó sentencia condenatoria en contra del ciudadano Luis Fernando Cruz Cruz al considerarle autor del delito de tentativa de violación, tipificado en el artículo 512.3 del Código Penal—CP— y sancionado en el artículo 513 ibídem, por lo que le impuso pena privativa de libertad de cuatro años de prisión correccional y el pago de daños y perjuicios. Inconforme con esta decisión, el procesado Luis Fernando Cruz Cruz, interpuso recurso de apelación.

La Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, en sentencia de 15 de abril del 2015, las 16h26, desestimó el recurso de apelación y confirmó en todas sus partes la sentencia subida en grado.

Por considerarse perjudicado con el fallo, Luis Fernando Cruz Cruz interpuso recurso de casación.

1.2. Hechos acusados y hechos probados.

En síntesis, según la sentencia de la Corte de Apelaciones, los hechos acusados por Fiscalía, fueron:

El 16 de septiembre de 2012, las 19h00, E.T.F., de diecisiete años de edad, mientras caminaba en dirección a su domicilio, ubicado en la ciudadela Rumipamba de las Rosas, cantón Salcedo, provincia de Cotopaxi, siente que alguien la seguía, al ver a Luis Fernando Cruz Cruz, le entregó sus pertenencias, pensando que lo que quería era robarla, pero él la botó al piso, intentó accederla carnalmente y la pretendió llevar a una casa abandonada, como ella mostró resistencia, él la golpeó con una piedra en su cabeza, más la víctima logró que no la viole; posteriormente, llegó a su casa, lugar en el que sus padres decidieron llevarla al médico.

El Tribunal *ad quem*, luego del análisis de la prueba actuada en la audiencia de juicio, consideró demostrada la teoría del caso propuesta por Fiscalía y descrita anteriormente.

SEGUNDO.- Jurisdicción y competencia

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

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

distribución de juicios a aplicarse por efecto de la renovación parcial de sus juezas y jueces.

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

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en virtud de lo previsto en el artículo 186 del COFJ, es competente, entre otras atribuciones, para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal.

Con fundamento en estas normas y en virtud del sorteo de ley correspondió el conocimiento de esta causa, signada en la Corte Nacional de Justicia con el número 17721-2016-0639, al Tribunal integrado por los doctores Jorge Blum Carcelén y Luis Enríquez Villacrés, Jueces Nacionales; y el doctor Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional Ponente, de conformidad con los artículos 174 y 201.1 del COFJ, 6 de la Resolución No. 02-2012 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 672, de 29 de marzo de 2012; y, oficio No. 463-SG-CNJ, de 8 de abril de 2016.

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

Atento el estado de la causa, se considera:

TERCERO.- Validez procesal

Conforme la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal—COIP—, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014, por la fecha que inició el proceso, corresponde aplicar el régimen legal vigente a tal tiempo, esto es la Ley reformativa al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal—CPP y CP—, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 555 de 24 de marzo de 2009; en consecuencia, se fundamentó el recurso de casación en audiencia oral, reservada y de contradictorio.

El recurso de casación fue tramitado en aplicación de las garantías básicas que conforman el derecho al debido proceso, reconocidas en el artículo 76 de la CRE, y conforme las normas procesales previstas en los artículos 352 del CPP. No se evidencia omisión de solemnidades sustanciales o formalidades en la sustanciación del recurso de casación que vicien el procedimiento y que puedan incidir en el resultado final de esta causa.

El recurso es válido y así se lo declara.

CUARTO.- Argumentos y fundamentación del recurso

4.1. Fundamentación del recurso de casación.- el procesado Luis Fernando Cruz Cruz, a través de su abogado defensor, doctor Edgar Armando Rodríguez, en lo principal, manifestó:

4.1.1. Solicitó que se declare la nulidad constitucional en cuanto fue juzgado por dos jueces que pertenecen a la Sala Civil y uno a la Sala Penal, por lo que la sentencia no se encuentra motivada.

4.1.2. La sentencia objetada incurre en errónea interpretación de los artículos 512.3 y 513 del CP.

4.1.3. Fiscalía no presentó prueba que logre destruir el estado de inocencia del recurrente; además, se presenta una denuncia en contra de su defendido seis meses después de los hechos y sin ninguna prueba en su contra.

4.2. Contestación del recurso.- La Fiscalía, a través de su delegado, el doctor José García Falconí, contestó:

4.2.1. En el presente caso, existen dos sentencias condenatorias en las que se establece con certeza la responsabilidad del procesado hoy recurrente del delito de tentativa de violación.

4.2.2. En la fundamentación del recurso de casación no se explicó en debida forma la errónea interpretación, en cuanto se tuvo que explicar que la norma que se escogió fue la correcta pero fue mal interpretada por los juzgadores, por lo que no se justificó de forma alguna que exista errónea interpretación.

4.2.3. En casación no se analiza la actuación de Fiscalía ni la sentencia de primer nivel.

4.2.4. No se justificó el recurso de casación propuesto por el recurrente en razón de que éste es limitado y técnico y el impugnante no estableció ni siquiera las normas que considera que se han violado en la sentencia del *ad quem*; asimismo, se refiere a los hechos, con lo que buscaría que se revalorice prueba, lo que se encuentra prohibido por el último inciso del artículo 349 del CPP; no existe falta de motivación, ya que la sentencia es lógica, comprensible y razonable; además, se estableció con certeza la existencia material de la infracción y la responsabilidad del procesado, como autor del delito de tentativa de violación.

4.3. Réplica.- En réplica, la defensa técnica del recurrente, expresó:

“Yo he dicho que se declare la nulidad constitucional, porque la sentencia no tiene el endo procesal. Está clarísimo que la casación es un recurso limitado, yo no he venido a hablar de pruebas. Con todo respeto al doctor Falconí, en ningún momento se refirió a los seis meses, porque hay que hacer conocer el antecedente, se refirió a que hay dos fallos, dos sentencias. Las hay, pero están interpretando erróneamente que hay dos fallos, dos sentencias. Las hay, pero están interpretando erróneamente, y me están haciendo un juicio de reproche errado y me están imponiendo injustamente una sentencia, por lo que solicito que ejerzan el control de constitucionalidad.” [Sic]

QUINTO.- Análisis del Tribunal de Casación.

5.1. Naturaleza y fines del recurso de casación

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

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

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

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

De ahí que se está frente a un recurso “[...] encaminado a enmendar las deficiencias que afectan al juicio de derecho contenido en la sentencia o resolución legalmente equiparable a ella, o a específicos requisitos procesales que condicionan la validez de esos actos decisorios”.¹ En consecuencia, la casación no ha sido diseñada para remediar o corregir cualquier situación de iniquidad o defecto procesal, sino con la finalidad de “procurar el imperio de la ley, la unificación de la jurisprudencia y la rectificación del agravio”.²

De esa forma, no cabe duda de que la casación es un recurso limitado, que solo permite el control *in iure*, esto es el estudio, análisis y resolución de cuestiones de estricto derecho, pues no procede frente a requerimientos de un nuevo análisis de los hechos, ni sobre pedidos de nueva valoración de la prueba; como sostiene Roxin, “la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y

¹ Lino Enrique Palacio, *Los recursos en el proceso penal* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001), 80.

² Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo X (Guayaquil: Editorial Edino, 2007), 73.

*solo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al derecho material o formal”.*³

5.1.3. Estos atributos confieren a la casación, según refiere el ex magistrado colombiano Humberto Fernández Vega, el carácter de un:

“[...] juicio técnico de impugnación, valorativo y exacto, de formalidades rigurosas, que requiere una expresa formulación y fundamentación. Está destinado a examinar sentencias de segunda instancia para corregir vicios relativos al juzgamiento o al procedimiento.

Tales características distinguen a la demanda de casación de una simple alegación de instancia, determinan exigencias de orden legal y jurisprudencial de imperioso cumplimiento para la prosperidad de la impugnación[...].”⁴

En la actualidad, y en el escenario del Estado constitucional de derechos y justicia, la casación cumple un propósito vinculado, de manera directa, con el respeto de los derechos y garantías fundamentales.

En esa medida, su espectro de acción adquiere una mayor amplitud en los sistemas de administración de justicia penal, que, como en el caso del Ecuador, cumple sus fines a través del sistema acusatorio, ya que, en efecto, lo que legitima la interposición de un recurso de casación es la emisión de una sentencia penal de segunda instancia en la que se ha transgredido el principio de legalidad y, por tanto, se han vulnerado esos derechos o garantías.

5.1.4. En esa línea de pensamiento, corresponde a este Tribunal de Casación analizar la sentencia recurrida, a efecto de determinar si se encuentra o no inmersa 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

³ Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*. Citado por Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de derecho procesal penal*. op. cit.

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

si la sentencia materia de este recurso extraordinario contiene errores de juicio o de actividad, pero no valorará la prueba, ni revisará los hechos o actuaciones judiciales que constituyan parte de las instancias previas, en razón de no encontrarse facultado para ello.

5.2. Sobre la materia del recurso de casación

Del análisis de los argumentos realizados por el recurrente en la audiencia de fundamentación de los recursos de casación, el Tribunal considera que el procesado sustentó su pretensión impugnatoria en los siguientes cargos:

- a. Errónea interpretación de los artículos 512.3 y 513 del CP, ya que la denuncia en su contra se presentó seis meses después de los hechos y no se logró recabar prueba en su contra.
- b. Falta de motivación en la sentencia emitida por el Tribunal de Apelación, pues fue integrado por dos jueces de la Sala Civil y uno de la Sala Penal

Previo a responder cada uno de los reproches esgrimidos por la defensa técnica del recurrente, el Tribunal debe establecer los requisitos mínimos que exigen la técnica y naturaleza del medio de impugnación que nos ocupa, para que un cargo de casación pueda ser considerado como tal.

5.2.1. Los cargos de casación

El CPP, establece:

“Art. 349.- Causales.- El recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación.

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

El recurso de casación, es medio de impugnación de las sentencias de apelación⁵, y exige a quien reprocha la decisión de la Corte de Apelaciones, indique al Tribunal de Casación los cargos que imputa a dicha resolución y en qué forma estos cuestionamientos configuran las causales taxativas del artículo arriba citado; y, además, el perjuicio que se le ha irrogado a un derecho.

Siguiendo este razonamiento, las causales de casación del artículo 349 del CPP, están previstas para revisar las violaciones a la ley, por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. La revisión del relato fáctico fijado por la Corte de Apelaciones está prohibida en la casación expresamente por el último inciso del artículo 349 del CPP.

De manera general se considera violación a la ley por contravención expresa a su texto, el yerro del juzgador en cuanto al contenido de la norma en el proceso de entendimiento y comprensión de las disposiciones legales aplicables a la situación jurídica, arribando en forma desacertada a la selección de la disposición calificatoria. En otras palabras, la contravención expresa se presenta cuando el juzgador no aplica una disposición jurídica para resolver la cuestión puesta en su conocimiento, pese a que, después de la valoración probatoria, los hechos considerados probados guardan identidad con los presupuestos de hecho previstos en la norma cuya aplicación se ha omitido.

La indebida aplicación de la ley es un error en la selección de la norma, que ocurre cuando el juzgador aplica una norma diversa a la que corresponde al caso puesto en su conocimiento y resolución. La indebida aplicación, por lo general, conlleva a la falta de aplicación de otras normas relacionadas, jurídicamente, con la norma que debía aplicarse correctamente.

La interpretación errónea se produce cuando, aun eligiendo la norma correcta, se le atribuye un sentido jurídico que no tiene, es decir, se va más allá del contenido de la norma y su alcance, produciendo un efecto que el legislador no previó, lo que puede provenir de un error de intelección por inadecuada preparación de la

⁵ A partir de las reformas al CPP, publicadas en el Suplemento del Registro Oficial No. 555, de 24 de marzo de 2009. Antes de tal reforma, el recurso de casación procedía contra sentencias del Tribunal de Juicio. (Nota del Tribunal)

persona encargada de aplicarla.

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

En este sentido, es obligación de quien pretende impugnar una sentencia mediante recurso de casación, dirigir su reproche a la sentencia de segunda instancia, como aquella que causa efecto y mediante la cual se garantiza el ejercicio del derecho a la doble instancia; además, el reproche no puede sustentarse en la revisión de prueba, tanto en cuestiones de legalidad, como en su contenido, pues está vedado por ley para el Tribunal de Casación, pues tales reproches corresponden a la etapa de juicio o apelación en el ejercicio del contradictorio, limitación propia de la casación ya que su objeto exclusivo de análisis son los errores de derecho en la sentencia.

Un cargo de casación, debe ser fundamentado en la audiencia respectiva, de manera autónoma, taxativa y suficiente: cada cargo debe increpar a la sentencia de una violación a una norma legal específica, por una sola de las causales de casación, pues estas son excluyentes entre sí; e, indicar en qué parte de la sentencia se encuentra tal violación, cómo se trasgredió expresando la contraposición del razonamiento judicial considerado errado con el criterio que el casacionista piensa acertado, y la influencia de tal error de derecho en la decisión de la causa.

Sin un argumento suficiente que demuestre claramente los sustentos de la pretensión impugnatoria, se priva al Tribunal de Casación de elementos necesarios para llegar a emitir su decisión respecto al recurso de casación, e incluso, de la aplicación del artículo 140 del COFJ, en caso de que la persona recurrente equivoque en la invocación de la causal de casación.

Con base en estos criterios, el Tribunal procede al análisis de los reproches expresados por el procesado recurrente.

5.3. Fundamentos del Tribunal de Casación

El recurrente planteó el recurso de casación con fundamento en el artículo 349 del CPP, por errónea interpretación de los artículos 512.3 y 513 del CP; falta de motivación de la sentencia y que no se logró destruir su estado de inocencia. Sin embargo, en la audiencia no cumplió su obligación de formular el recurso en debida forma, ya que, no se explicó de qué manera se violó cada una de las normas enunciadas.

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

En ese contexto, son evidentes las falencias de la defensa técnica del casacionista en la fundamentación del recurso, tal es así que ni si quiera explica de qué forma fueron vulneradas las normas o principios que considera infringidos por el *ad quem* como tampoco establece en qué parte de la sentencia se encuentra la violación a la ley; por lo que, es necesario insistir que para que un cargo prospere en casación, debe ser expuesto de manera autónoma, taxativa y suficiente, es decir

⁶ Op. cit., 37.

que cada cargo debe increpar a la sentencia de una violación a una norma, por cada una de las causales de casación establecidas en el artículo 349 del CPP; sin embargo, aquello no se cumplió, pues el casacionista realizó una explicación escueta y no detalló, de manera adecuada y pertinente, porqué la Corte de Apelaciones incurrió en las violaciones alegadas.

5.3.1. Errónea interpretación de los artículos 512.3 y 513 del CP, ya que la denuncia en su contra se presentó seis meses después de los hechos y no se logró recabar prueba en su contra.

El primer reclamo a analizar del recurrente es la errónea interpretación de los artículos 512.3 y 513 del CP, sin mencionar una explicación coherente que satisfaga este cargo de casación.

En este sentido, es necesario recordar que la errónea interpretación se produce cuando el juzgador elige la norma aplicable al caso, pero le otorga un efecto diferente al deseado por el legislador, tomando en cuenta la naturaleza de la circunstancia alegada, resulta incoherente que se consideren erróneamente interpretados los artículos citados con anterioridad, ya que el sustento de dicha alegación se basa, fundamentalmente, en que el recurrente es inocente y no cometió el delito de tentativa de violación; en consecuencia, es evidente la falta de técnica en el manejo del recurso, en cuanto que su reproche es contradictorio, por un lado, con la causal invocada, determina que si debían aplicarse al caso los artículos 512.3 y 513 del CP, pero por otro menciona que no es culpable del delito de tentativa de violación.

Por otro lado, el recurrente a través de su defensa técnica alegó de una manera muy escueta, vana e insustancial que no es responsable del delito de tentativa de violación, pero no realizó ninguna explicación al respecto, lo único que reprochó es que la denuncia se realizó seis meses posteriores al hecho, lo cual no tiene relevancia alguna y que la prueba presentada dentro del caso *sub iudice* no ha logrado enervar el principio de presunción de inocencia, lo que contraviene con el objeto del recurso de casación y la prohibición de valoración probatoria.

De lo que se advierte, que la casación en materia penal no es un escenario en el cual se pueda volver a valorar la prueba. De hecho, el CPP, en su artículo 349, inciso final, como ya se indicó anteriormente, señala: “No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba”; y, sobre el tema, existe amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional y Corte Nacional de Justicia.

Esta última, en recientes fallos, ha ratificado el criterio de que las pruebas no pueden ser objeto de valoración en la casación, pues, en caso contrario, se estaría desconociendo el principio de independencia judicial.⁷ De igual forma, sobre esta prohibición la doctrina ofrece el siguiente punto de vista:

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

Uno de los argumentos torales para sustentar la anterior afirmación se basó en que como el juicio es público, el método utilizado para transmitir los pensamientos es la oralidad, y los jueces tienen la obligación de presidir la audiencia personalmente sin que deleguen su autoridad, en la que estarán las partes intervinientes en el proceso; entonces, si otros jueces, aunque sean superiores, pero que no estuvieron presentes en el desarrollo de la audiencia de debate, analizan lo resuelto por los inferiores, en realidad se trataría de un nuevo juicio (...).⁸

En consecuencia, lo indicado evidencia que lo que en realidad se pretende o se sugiere en este recurso es que este juzgador valore nuevamente la prueba, a fin de que la pretensión del acusado, en el presente contexto procesal, se adapte a su teoría del caso, es decir que se determine que no es responsable del delito, por lo que este cargo deviene en improcedente ya que se busca que este Juzgador realice un pronunciamiento extralimitándose en el ejercicio de sus competencias.

⁷ Corte Nacional de Justicia. *Resolución No. 050-2013*, pronunciada dentro del juicio No. 430-2012.

⁸ Miguel Ángel Rodríguez Vázquez, *La casación y el derecho de recurrir en el sistema acusatorio* (México D.F.: Instituto de Investigación Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México -UNAM-, 2013), 29 y 30.

Sin embargo, en salvaguardia de los derechos de las partes, el Tribunal de Casación procede a revisar el razonamiento judicial plasmado en la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, en la que se advierte que 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 del delito y a la responsabilidad del procesado en el grado de tentativa del delito tipificado en el artículo 512.3 del CP y sancionado en el artículo 513 *ibídem*, en concordancia con los artículos 16 y 46 de la ley que se viene indicando; lo que evidencia que la construcción de su razonamiento se ha realizado de manera lógica, razonable y comprensible.

De ahí que la decisión de confirmar la sentencia del *a quo* que declara la responsabilidad del recurrente en el precitado delito y le impone la pena correspondiente, no incurre en violación de derecho alguno; advirtiendo por lo tanto, que lo que procura el casacionista es alterar el relato fáctico, lo que, como se estableció *ut supra*, no cabe en el recurso extraordinario de casación.

5.3.2. Falta de motivación en la sentencia por indebida integración del Tribunal.

El reproche de la defensa técnica del recurrente fue que la sentencia no se encuentra motivada porque el Tribunal estuvo integrado por dos jueces de la Sala Civil y uno de la Sala Penal; al respecto cabe destacar que, el hecho que el Tribunal esté integrado en la forma que se indica, en nada influye sobre el deber constitucional de motivación, y es más, el Tribunal *ad quem* se encuentra integrado legalmente; y aquello, en nada afecta el derecho de ser juzgado por un juez imparcial, independiente y competente.

No obstante, una vez analizada la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones, este Tribunal considera que el argumento del recurrente carece de asidero jurídico, pues, no existe error alguno, sino que, por el contrario, la conclusión del Juzgador *ad quem* cumple con los requisitos de justificación necesarios para una motivación adecuada, al tenor de lo que la Corte Constitucional, para el período de

transición, mediante sentencia No. 069-10-SEP-CC, respecto de la motivación señala:

“La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve, y nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión. En otras palabras: La motivación es justificación, es argumentar racionalmente para justificar una decisión aplicativa, es exposición de las razones que se han dado por los jueces para mostrar que su decisión es correcta o aceptable. [...] Es decir, la motivación responde a la debida y lógica coherencia de razonabilidad que debe existir entre la pretensión, los elementos fácticos, las consideraciones y vinculación de la norma jurídica y la resolución tomada”⁹.

En atención a esto, tenemos que la decisión del Tribunal de Apelación es motivada, por cuanto sus reflexiones se sustentan en las pruebas aportadas durante el proceso, con respecto a la existencia material del delito y a la responsabilidad del procesado, en el grado de autor del delito de tentativa de violación.

En igual forma, de la lectura del fallo impugnado, puede concluirse que los Jueces Provinciales también cumplieron el requisito de comprensibilidad de la decisión, pues la sentencia se explica claramente, en cuanto a la forma de haber arribado a la decisión de condena, según sugiere la jurisprudencia de rango constitucional:

“i. La razonabilidad. ii. La lógica y iii. La comprensibilidad, como mecanismos apropiados para el desarrollo del ejercicio argumentativo y suficiente que garantice la legitimidad de las razones y actuaciones del juez en la emisión de la sentencia en el ejercicio de su jurisdicción. 10

La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve, y nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión. En otras palabras: La motivación es justificación, es argumentar racionalmente para justificar una decisión aplicativa, es exposición de las razones que se han dado por los jueces para mostrar que su decisión es correcta o aceptable. [...] Es decir, la motivación responde a la debida y lógica coherencia de razonabilidad que debe existir entre la pretensión, los

⁹ Corte Constitucional. *Sentencia de 9 de diciembre de 2010*; caso No. 0005-10-EP.

¹⁰ Corte Constitucional. *Sentencia No. 169-15-SEP-CC, 27 de mayo del 2015*; caso No. 0680-10-EP.

elementos fácticos, las consideraciones y vinculación de la norma jurídica y la resolución tomada.”¹¹

De ahí que, en atención al argumento de falta de motivación de la sentencia, éste no prospera, en la medida en que, contrario a lo afirmado por el recurrente, la decisión judicial venida en grado sí se encuentra debida y razonablemente motivada, y en ella se ha establecido, conforme a derecho, la existencia del delito de tentativa de violación y la responsabilidad penal del recurrente; por lo tanto, el cargo invocado que plantea el recurrente con respecto a la falta de motivación, deviene en improcedente.

Respecto a la integración del Tribunal, el COFJ dice que las Salas de las Cortes Provinciales son competentes para conocer, en segunda instancia, los recursos de apelación; además, dicho cuerpo normativo establece que “en las Cortes Provinciales, Tribunales y demás órganos pluripersonales de juzgamiento, la subrogación de las o los jueces se la realizará por sorteo, de entre los otros titulares que conforman el órgano pluripersonal.” (Énfasis añadido), por lo que, es indiscutible que el *ad quem* estuvo debidamente constituido, ya que la competencia nace de la ley y del sorteo respectivo.

Por lo tanto, este Juzgador advierte que tanto el cargo antes invocado como los demás señalados por el casacionista no constituyen errores de derecho que ameriten ser considerados, mucho menos que permitan a este Juzgador casar de oficio la sentencia recurrida.

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,

¹¹ Corte Constitucional. *Sentencia de 9 de diciembre de 2010*; caso No. 0005-10-EP.

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 Luis Fernando Cruz Cruz. Ejecutoriado el fallo se remitirá al tribunal de origen para su ejecución. **Notifíquese y cúmplase.- F.- DR. MARCO MALDONADO CASTRO.- CONJUEZ NACIONAL PONENTE.- F.- DR. JORGE BLUM CARCELÉN.- JUEZ NACIONAL.- F.- DR. LUIS ENRÍQUEZ VILLACRÉS.- JUEZ NACIONAL.- Certifico.- F.- Dra. Ximena Quijano Salazar.- SECRETARIA RELATORA.**

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

Quito, 29 de mayo de 2017




Dr. Carlos Rodríguez García
SECRETARIO RELATOR

CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR